Die Teilnahme am Verbrechen nach Reichsstrafgesetzbuch und den neuen deutschen Strafgesetzentwürfen.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der
Eberhard Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Ernst Reichle
Stuttgart

BRESLAU 1931.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

1931.

Die Teilnahme am Verbrechen nach Reichsstrafgesetzbuch und den neuen deutschen Strafgesetzentwürfen.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der
Eberhard Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Ernst Reichle
Stuttgart

BRESLAU 1931.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Referent: Professor Dr. Schoetensack.

Genehmigt am 20. Dezember 1930.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater
und dem Andenken meiner Mutter gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
Literaturverzeichnis		VII
Einleitung		1
I. Teil.	Die Teilnahme nach geltendem Recht.	
	§ 1. Begriff und Wesen der Teilnahme	2
	§ 2. Mittäterschaft	7
	§ 3. Die Anstiftung	15
	§ 4. Die Beihilfe	22
	§ 5. Die Akzessorietät	25
	§ 6. Das Sonderdelikt	28
	§ 7. Der Rücktritt	30
	§ 8. Einheit und Mehrheit von Teilnahmehandlungen. Teilnahme an der Teilnahme	32
	§ 9. Zeit und Ort der Teilnahmehandlung	34
II. Teil.	Die Teilnahme nach den neuen deutschen Entwürfen.	
	§ 10. Der Entwurf von 1919	36
	§ 11. Der Entwurf von 1925	50
	§ 12. Der Entwurf von 1927	65
Schlußwort		71

Literatur-Verzeichnis.

I. Quellen.

Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919 nebst Denkschrift (zit. E. 19).

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925 nebst Begründung (zit. E. 25).

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927 nebst Begründung (zit. E. 27).

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der ersten Lesung des Deutschen Reichstagsausschusses und den Deutschen und Österreichischen Strafrechtskonferenzen, hrsg. von Kohlrausch, 1930.

II. Werke.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1922 (zit. Allfeld).

— Der Rücktritt vom Versuch, in der Festgabe für Frank, Bd. 2, 1930.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2, 1907.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.

— Methodik der Gesetzgebung, 1922.

Binding, Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, Strafrecht 1915 (zit. Abhandlungen).

— Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1907.

— Die Normen und ihre Übertretung, Bd .2, 2. Aufl.

Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme, 1890 (zit. Teilnahme 1890).

— Teilnahme am Verbrechen, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 1908 (zit. Birkmeyer, VD.).

Buff, Mittäterschaft und Beihilfe nach dem amtlichen Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs von 1925, Erlanger Diss., 1927.

Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme, 1909.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Das Reichsstrafgesetzbuch, 4. Aufl., 1929, (zit. LpzK.).

Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, in Festgabe für Frank, Bd. 1, 1930.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl.

v. Geib, Lehrbuch des Strafrechts, 1862.

Gerland, Kritische Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfs, 1919 (zit. Gerland, E. 19).

— Der Entwurf 1925, Allgemeiner Teil, 1925 (zit. Gerland, E. 25).

Hergt, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, 1909.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht, 1890, Bd. 1.
Lenz, Täterschaft und Teilnahme, in: Der deutsche Strafgesetzentwurf, hrsg. von Gleispach 1921.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927.
Mayer, M. E., Versuch und Teilnahme, in: Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, hrsg. von Aschrott, Liszt, 1910.
— Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1916 (zit. M. E. Mayer, Lehrbuch).
Merkel, Anstiftung und Beihilfe, in Festgabe für Frank, Bd. 2, 1930.
Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1927.
Rixius, Erich, Urheberschaft und Anstiftung, Würzburger Diss., 1926.
Schmidt, Richard, Grundriß des Deutschen Strafrechts, 1925.
Schoetensack, Verbrechensversuch, in Festgabe für Frank, Bd. 2, 1930.
— Der Konfiskationsprozeß, 1905.
Wegner, Teilnahme in Reform des Strafrechts, Kritische Besprechung des Amtlichen Entwurfs, hrsg. von Aschrott, Kohlrausch, 1926.

III. Zeitschriften.

Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (zit. RuWPhil.).
Archiv für civilistische Praxis (zit. AcP.).
Der Gerichtssaal (zit. GS.).
Deutsche Juristenzeitung (zit. DJZ.).
Deutsche Richterzeitung (zit. DRZ.).
Deutsche Strafrechtszeitung.
Juristische Wochenschrift (zit. JW.).
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (zit. LZ.).
Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, hrsg. von Aschaffenburg (zit. Aschaffenburgs Monatsschrift).
Strafrechtliche Abhandlungen, hrsg. von Lilienthal.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zit. ZStW.).
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

IV. Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zit. ER.).

Einleitung.

Die Strafrechtsreformarbeiten haben dazu geführt, daß das Interesse an strafrechtlichen Fragen allgemein in den letzten Jahren ein regeres geworden ist. Daß dieses Interesse gerade auch dem Gebiet der Teilnahme zugute kommt, ist leicht erklärlich, wenn man bedenkt, daß die Teilnahmelehre in dem Rufe steht, das dunkelste und verworrenste Kapitel der deutschen Strafrechtswissenschaft zu sein[1]), bietet sich nun doch dem Gesetzgeber Gelegenheit, seinerseits in dieses Dunkel Licht zu bringen. Ob es aber den in den Entwürfen vorgeschlagenen Normen gelungen ist, zur Klärung der Materie beizutragen und Fortschritte gegenüber dem geltenden Recht zu erzielen, läßt sich erst nach Feststellung ihres durch Auslegung zu ermittelnden Inhalts beurteilen. Der Ausgangspunkt wissenschaftlicher Bearbeitung muß daher die Untersuchung der bestehenden und vorgeschlagenen Bestimmungen über die Teilnahme bilden. Damit ist erst eine Grundlage geschaffen, auf der eine fruchtbare Kritik einsetzen kann. Es ist eine durchaus übliche[2]) und zweckmäßige Darstellungsweise, zunächst das geltende Recht zu behandeln, um erst dann auf die Regelung der Entwürfe einzugehen. Bei solcher Behandlungsmethode braucht die ein einheitliches Ganzes darstellende Materie der Teilnahme des geltenden Rechts nicht zerrissen zu werden, andererseits besteht die Möglichkeit, bei den Entwürfen sich in der Hauptsache auf die Abweichungen vom geltenden Recht zu beschränken, wodurch von selber die Unterschiede von bisherigem und neu vorgeschlagenem Recht mit genügender Deutlichkeit in Erscheinung treten.

---

[1]) S. Binding, GS. 78, S. 2.

[2]) Vgl. z. B. Binding, Abhandlungen, S. 341 ff.; Schoetensack, GS. 91, S. 378.

I. TEIL.

Die Teilnahme nach geltendem Recht.

§ 1. Begriff und Wesen der Teilnahme.

1. Dem seine Befehle an die Untertanen erlassenden Gesetzgeber sind keinerlei Schranken auferlegt. „Mit welchem Radius der Gesetzgeber den Kreis der durch die Normen zu Vinkulierenden umschreiben will, steht ganz in seinem Ermessen“ [1]). Der Rechtsproduzent kann die Form, in der er die Vinkulierten verantwortlich macht, nach Belieben bestimmen. Er kann daher frei darüber verfügen, wie weit er das Gebiet der Teilnahme und das der Täterschaft reichen lassen will. Theoretische Bedenken, Schwierigkeiten konstruktioneller Art braucht er nicht zu beachten [2]), nur das praktische Endresultat ist für ihn maßgebend. Trotz seiner Freiheit kann aber der Gesetzgeber in weitestem Maße gegen Gebote der Zweckmäßigkeit verstoßen, wenn er etwa ungleiche Lebenserscheinungen gleich behandelt oder umgekehrt [3]).

2. Soweit ein Verbrechenssubjekt sich als Täter verantwortlich macht, kann es nicht zugleich auch Teilnehmer sein. Der vom geltenden Recht nicht definierte Begriff des Täters hat daher für die Teilnahme die Bedeutung, daß er deren Gebiet einengt. Als Täter kann man etwa die den gesetzlichen Verbrechensbestand ausführende physische Person bezeichnen [4]). Da jedes Verbrechen sich aus einer Tat- und einer Willensseite zusammensetzt, muß die Teilnahme in einer ausschließlichen oder in bestimmter Weise kombinierten Be-

---

[1]) Schoetensack, Der Verbrechensversuch, in der Festgabe für Frank, II, S. 57; ders., Der Versuch und der amtliche Entwurf eines allg. deutschen StGB.s, in GS. 91, S. 381.

[2]) Vgl. Beling, Methodik, S. 107, der zutreffend bemerkt, daß vom Gesetzgeber die hier in Betracht kommenden Begriffe nicht als schon vorhanden vorgefunden, sondern erst geschaffen werden.

[3]) S. Finger, GS. 98, S. 178.

[4]) S. Olshausen, N. 5 vor § 47.

teiligung am objektiven oder subjektiven Verbrechenstatbestand bestehen. Von Teilnahme kann nicht die Rede sein, wenn nicht die Handlung eines anderen, des Täters vorliegt[5]), an der teilgenommen wird, ohne daß es indes unbedingt erforderlich wäre, daß diese Täterhandlung strafbar ist. Wenn ein Gesetz darüber hinausgehend einen Tatbestand als Teilnahme bestrafen würde, der die Begehung einer Tat durch einen anderen nicht verlangt, so wäre eine solche Norm kraft der gesetzgeberischen Souveränität giltig, aber der Gesetzgeber befände sich mit seinem Begriff der Teilnahme durchaus im Gegensatz zu dessen geschichtlicher Entwicklung, sowie der in der Wissenschaft und im Volk herrschenden Auffassung.

3. Keine Einigkeit herrscht insbesondere darüber, ob man den Mittäter als Täter[6]) oder Teilnehmer[7]) anzusehen hat. Das Gesetz behandelt ihn unter dem Abschnitt „Teilnahme" und bezeichnet ihn auch in § 50 StGB. als Teilnehmer. Die Systematik und die theoretische Auffassung des Gesetzgebers, die ja nicht Inhalt des gesetzgeberischen Befehls sind, sind indes nicht bindend[8]). Die Mittäterschaft hat in Wahrheit Beziehungen zur Täterschaft und zur Teilnahme. Legt man den Nachdruck darauf, daß der Mittäter keine anderen Mitwirkenden gegenüber untergeordnete Stellung einnimmt, daß dessen Strafbarkeit auch nicht von der anderer Beteiligter abzuhängen pflegt, daß seine Tat ihrem kriminellen Gehalt nach durchaus der eines Alleintäters gleich steht, so wird man ihn als Täter bezeichnen. Will man aber zum Ausdruck bringen, daß jemand als Mittäter nur dann verantwortlich ist, wenn er in Verbindung mit einem Genossen das Delikt verwirklicht, dagegen niemals, wenn er ganz allein handelt, so kann man seine Tätigkeit sehr wohl zur Teilnahme zählen. Je nach dem Gegensatz, den man betonen will, mag daher die Bezeichnung als Täter oder Teilnehmer angebracht erscheinen. Ob man systematisch den Mittäter unter der Rubrik Täterschaft oder Teilnahme aufführt, ist von untergeordneter Bedeutung; sachliche Schlüsse sind aus der gewählten Darstellungsweise nicht zu ziehen. Zweifellos ist bei Behandlung der Teilnahme näheres Eingehen auf die Mittäterschaft geboten, schon um die Ab-

[5]) S. M. E. Mayer, Versuch und Teilnahme, in Aschr.-Liszt, Reform, S. 355.
[6]) So Liszt-Schmidt, S. 323.
[7]) So Birkmeyer, VD. S. 53; Teilnahme 1890, S. 148.
[8]) S. Schoetensack, Konfiskationsprozeß, S. 1.

grenzung gegenüber sonstigen Formen der Mitwirkung mehrerer am Verbrechen klarzustellen.

4. Anstiftung und Beihilfe, die vom Gesetzgeber wesentlich anders als die Mittäterschaft konstruiert sind — er gibt hier zu erkennen, daß sie der Tat des Ausführenden nicht koordiniert sein sollen —, sind jedenfalls beide de lege lata und nach den Entwürfen zum Gebiet der Teilnahme zu rechnen.

5. Teilnahme am Verbrechen liegt nicht vor, wenn es zu einem solchen gar nicht kommt. Aufforderung und Anerbieten zur Begehung eines Verbrechens (§ 49a StGB.) sind daher nicht als Teilnahme aufzufassen und werden von den Entwürfen mit Recht in den Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs verwiesen[9]). Aus demselben Grunde sind Komplott, das ist die Verabredung mehrerer zur Begehung bestimmter, und Bande, die Verabredung zur Begehung unbestimmter Delikte, als solche nicht Teilnahme; sie können sich aber zur Teilnahme entwickeln, wenn es zu einer Verbrechensausführung kommt[10]).

Hat eine strafbare Handlung ihr Ende gefunden, so kann man sich naturgemäß an ihr nicht mehr beteiligen. Die Begünstigung hat daher aus dem Bereich der Teilnahme auszuscheiden[11]) und ist darum auch vom Strafgesetzbuch und den Entwürfen im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs behandelt[12]).

6. Ob man sagt, im Fall einer Teilnahme bestehe nur ein Verbrechen mit mehreren strafbaren Beteiligten oder es liegen so viele allerdings zusammenhängende Verbrechen vor, als Deliquenten vorhanden seien, ist richtigerweise nur Darstellungsfrage[13]). Will man

---

[9]) Vgl. § 231, E. 19; § 182, E. 25; § 196, E. 27.

[10]) Über Strafbarkeit von Komplott und Bande vgl. z. B. den allerdings nicht mehr geltenden § 49b StGB., ferner § 83 StGB.; § 232, E. 19; § 183, E. 25; §§ 197/98, E. 27.

[11]) Zu beachten ist aber § 257 Abs. 3 StGB. In den Entwürfen ist eine dementsprechende Bestimmung, weil überflüssig, nicht enthalten.

[12]) S. die §§ 234, 235, E. 19; §§ 185, 186, E. 25; §§ 200, 201, E. 27.

[13]) Ohne praktische Bedeutung ist daher die von Birkmeyer (VD. S. 1) vertretene Meinung, Teilnahme am Verbrechen sei nicht anders denkbar denn als Beteiligung mehrerer Personen an einer Gesetzesverletzung oder (VD. S. 10) Teilnahme sei aufzufassen als Beteiligung an e i n e m Verbrechen. Für Verbrechenseinheit auch Binding, Grundriß, S. 117. A. M. dagegen Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 405, der ausführt: „Vielmehr liegen bei Teilnahme so viele Ver-

dem Gedanken Ausdruck verleihen, daß sich jeder der verschiedenen Beteiligten deliktisch verantwortlich gemacht hat, so wird man eine Mehrheit von Verbrechen annehmen; betont man aber den Zusammenhang, in dem die Handlungen der verschiedenen Beteiligten miteinander stehen, so kann ohne Bedenken auch von einem Verbrechen gesprochen werden. Ein Fehler wird erst dann begangen, wenn man mit Hilfe dieser beiden Darstellungsmöglichkeiten neue juristische Erkenntnisse zu gewinnen trachtet[14]).

Im Zusammenhang damit steht die gleich zu beurteilende Frage von der Selbständigkeit und der Unselbständigkeit der Verbrechensbegehung durch den Teilnehmer. Selbständigkeit ist insofern gegeben, als jeder Delinquent für seine eigene Tat bestraft wird, Unselbständigkeit insofern, als Strafbarkeit nicht vorliegt, wenn nicht noch ein anderer Beteiligter sich strafbar machte. Gleich untergeordnete Bedeutung hat es, wenn man die Teilnahme als Begehungsweise des Hauptverbrechens ansieht. Rechtliche Konsequenzen dürfen aus diesen Formulierungen nicht gezogen werden, sondern nur aus den Bestimmungen des Gesetzes selbst und den aus dem Gesetz selber erkenntlichen Wertungen[15]). Sonst würde der Fehler begangen, daß aus einem Begriff mehr entnommen wird, als in ihn hineingelegt wurde, womit der Vorwurf der Begriffsjurisprudenz gerechtfertigt wäre.

7. Die Lehre vom Kausalzusammenhang spielt in der Theorie der Teilnahme eine angeblich grundlegende Rolle, die ihr indes tatsächlich gar nicht zukommt[16]). Die Kausalität wird einmal dazu benutzt, um Täterschaft und Teilnahme zu scheiden[17]). Wer kausiert hat, ist Täter, sofern er noch die etwaigen besonderen Voraussetzungen, die der gesetzliche Tatbestand verlangt, erfüllt. Für

---

brechen vor, als Teilnehmer da sind. Jeder ist eines ganzen Verbrechens, eines Verbrechensfalls schuldig."

[14]) Falsch ist es daher, wenn Beling a. a. O. S. 406 aus seiner Auffassung beispielsweise u. a. ableitet, daß Zeit und Ort jedes Beteiligten sich nach Zeit und Ort seines Handelns richten.

[15]) Dabei ist natürlich § 2 StGB. zu beachten.

[16]) Vgl .z. B. Mezger, Deutsche Strafrechtszeitung, Bd. 8, 1921, S. 205: „Jede Teilnahmelehre ruht notwendig auf der Kausallehre." S. ferner Nagler, S. 119.

[17]) Vgl. die materiell objektiven Teilnahmetheorien, insbesondere die Lehre von Birkmeyer z. B. in seiner „Lehre von der Teilnahme", 1890, S. 95 ff., 111 ff.

Teilnahme bleibt nur nicht kausales Tun übrig[18]). Die Teilnahmebestimmungen sind hiernach als Strafausdehnungsgründe zu werten[19]), die die Bestrafung eines sonst straflosen Verhaltens ermöglichen sollen. Außerdem soll aber der Kausalzusammenhang auch dazu dienen, strafbares Tun, gleichgültig ob in Form von Täterschaft oder Teilnahme von straflosem abzugrenzen. In diesem Fall pflegt man das Erfordernis der Kausalität als erfüllt anzusehen, wenn eine für den Erfolg irgendwie mitwirksame Bedingung gesetzt ist[20]). Da es dem Gesetzgeber vollkommen freisteht, ihm geeignet erscheinende Fälle kausalen Verhaltens einer Sonderregelung zu unterwerfen, ebenso wie er auch nicht kausales Tun unter Strafe stellen kann, ist aus dem Vorhandensein oder Fehlen des Kausalzusammenhangs hinsichtlich strafbarer Teilnahme noch kein bestimmter Schluß zu ziehen[21]). Jedenfalls hat das Gesetz in den Bestimmungen über die Teilnahme zum Problem des Kausalzusammenhangs keine Stellung genommen und brauchte das auch nicht zu tun[22]). Es kann daher davon Abstand genommen werden, eingehende Ausführungen über die Lehre vom Kausalzusammenhang zu machen. Der Kausalzusammenhang spielt erst dann eine Rolle, wenn irgendwelche Voraussetzungen der Teilnahme fehlen und nun zu untersuchen ist, ob Täterhaftung in Betracht kommt, meist wird es sich dabei um mittelbare Täterschaft handeln.

Naturgemäß ist die Frage des Kausalzusammenhangs ohne Bedeutung bei den sogenannten Tätigkeitsdelikten, da sie nicht die Herbeiführung eines Erfolgs, sondern nur die Vornahme einer bestimmten Tätigkeit erfordern[23]).

8. In einer größeren Anzahl von Fällen ist die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Teilnahme zweifelhaft, trotzdem äußerlich betrachtet der Sachverhalt der Teilnahme vorläge. Es gehört

---

[18]) Über die Unhaltbarkeit dieser Stellungnahme vgl. Rümelin, AcP. Bd. 90, S. 229 ff.

[19]) Über Teilnahme als Strafausdehnung s. M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 341, S. 374.

[20]) Vgl. v. Liszt, S. 309 ff., 327; s. auch Frank, Komm., § 1, III; Birkmeyer, VD. S. 13, 68 ff.; v. Bar, S. 697.

[21]) Über Fehlen des Kausalzusammenhangs s. Coenders, ZStW. Bd. 46, S. 1 ff.; ferner Kern, GS. 92, S. 136 f.

[22]) Rümelin a. a. O. S. 230.

[23]) S. hierüber z. B. Frank, Komm., Vorbem. II vor § 47.

hierher die Teilnahme der durch das Verbot geschützten Person an der gegen sie selbst gerichteten Tat, ferner die Teilnahme des vom Gesetz straflos gelassenen Haupttäters an der unter Sonderstrafdrohung gestellten Teilnahmehandlung (vgl. die Anstiftung des Gefangenen zu seiner Befreiung) und schließlich die Teilnahme des vom Gesetz straflos gelassenen einen Teiles an der Tat des strafbaren anderen Teiles[24]). In allen diesen Fällen ist Straflosigkeit des Teilnehmers richtiger Ansicht nach auch dann geboten, wenn seine Teilnahme am Verbrechen das vom Gesetz vorgesehene Maß übersteigt. Indes ergibt sich dieses Resultat weniger aus den Vorschriften über die Teilnahme, sondern es handelt sich um Auslegungsprobleme der in Betracht kommenden Tatbestände des Besonderen Teiles, weshalb auf diese Fragen hier nicht weiter einzugehen ist[25]).

9. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß auf die Teilnahme die allgemeinen Verbrechensbestimmungen, insbesondere aus der Schuldlehre[26]) Anwendung zu finden haben, wenn nicht gerade die Besonderheit des Falles eine Ausnahme rechtfertigt. Das ist ganz selbstverständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Regelung der Teilnahme im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs nur eine besondere, allerdings zweckmäßige Technik des Gesetzgebers bedeutet. Er hätte nämlich, ohne daß irgendeine sachliche Änderung dadurch bedingt wäre, die Teilnahmebestimmungen durch entsprechende Zusätze jeweils den Tatbeständen des Besonderen Teils anreihen können[27]).

§ 2. Mittäterschaft.

1. Nach § 47 StGB. liegt Mittäterschaft vor, wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen. Aus dem Gesetz geht mit Sicherheit nur hervor, daß durch das Zusammenwirken mehrerer das Vorliegen einer bei jedem Mitwirkenden als Täter-

---

[24]) Vgl. z. B. § 243 KO., wo nur der Gläubiger, der sich Vorteile gewähren läßt, strafbar ist.

[25]) Vgl. hierzu z. B. Frank, Vorbem. V, 1 und 2 vor § 47; Rixius, S. 59 ff., bezüglich der Anstiftung, für Beihilfe gilt indes dasselbe.

[26]) S. Birkmeyer, VD. S. 2, aber mit falscher Begründung.

[27]) Schoetensack (GS. 91, S. 389) hat zutreffend bei dem Verbrechensversuch, der insofern gleichgelagert ist, auf die für den Gesetzgeber vorhandene doppelte Behandlungsmöglichkeit hingewiesen.

schaft zu qualifizierenden strafbaren Handlung nicht ausgeschlossen wird. Mit Recht bemerkt Nagler[1]), mehr als daß eine Handlungsgemeinschaft bestehe, sage das Gesetz nicht. Von klaren Grenzlinien kann daher nicht die Rede sein. Auch mit Hilfe des § 49[2]), dessen eine ziemlich nichtssagende Tautologie darstellender Tatbestand[3]) auch in § 47 mitenthalten ist[4]), läßt sich ein sicherer Schluß, was das Gesetz unter Mittäterschaft verstanden haben will, nicht ziehen. Jedenfalls kann ohne Bedenken Mittäterschaft überall da angenommen werden, wo der Beteiligte mit Mittätervorsatz den ganzen gesetzlichen Tatbestand durch eigene Handlung verwirklicht. Eine unangemessene Belastung besteht für einen solchen Mittäter ja keinesfalls, da ihn unter allen Umständen die Bestrafung als Täter träfe. Bei den nur eigenhändig begehbaren Delikten, die ihrem Wesen nach weder ganzes noch teilweises Handeln durch fremde Personen ertragen, ist Mittäterschaft nur in dieser Weise denkbar.

2. Angesichts des Schweigens des Gesetzes ist es nicht zu verwundern, wenn von jeher Streit darüber herrscht, wie weit das Gebiet der Mittäterschaft auszudehnen ist, insbesondere, wie die Grenze zur Beihilfe zu ziehen ist. Man ist sich nur darüber einig, daß der Mittäter irgendwie dem Verbrechen näher stehen muß als der Gehilfe. Es gibt denn auch Schriftsteller, die sich unter Verzicht auf Angabe besonderer Unterscheidungsmerkmale hiermit im wesentlichen genügen lassen, so z. B. Kohler[5]), wenn er ausführt: „Der Gehilfe unterscheidet sich von dem Täter dadurch, daß er in einer untergeordneten, lediglich adminiculierenden Weise bei dem Delikte tätig ist. Der Gehilfe ist ein Mittäter, aber er ist ein untergeordneter Mittäter." Bei der ganzen Unterscheidung handle es sich nur um Intensitätsgrade[6]).

---

[1]) S. 77.

[2]) Vgl. etwa von Bar, S. 707, der zutreffend darauf hinweist, der Zweck, Beihilfe und Mehrtäterschaft zu unterscheiden, sei nicht erreicht mangels Angabe der Unterscheidungsmerkmale. Lediglich daß ein Unterschied zu machen sei, stehe fest.

[3]) Siehe J. Goldschmidt in JW. 1922, S. 257.

[4]) S. z. B. Nagler, S. 76.

[5]) Studien, S. 96.

[6]) Ähnlich Dahm, Strafrechtl. Abhandl., Heft 224, S. 42, und R. Schmidt, Grundriß des deutschen Strafrechts, 1925, S. 146.

Eine solche Auffassung vom Unterschied der Mittäterschaft und Beihilfe kann, weil zu unbestimmt, nicht genügen. Nach ihr ist der allgemeine Eindruck der Tat maßgebend, der Willkür wäre damit Tür und Tor geöffnet. Das zur Entscheidung stehende Problem ist nur aufgeworfen, aber nicht gelöst.

Mit gutem Grunde werden daher zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bestimmtere Kriterien herbeigezogen. Je nachdem diese in der äußeren Handlung oder im Willen der Beteiligten gefunden werden, spricht man von objektiven oder subjektiven Theorien. Angesichts der großen Zahl dieser unter sich wieder verschiedenen Theorien können nur einige Haupttypen im folgenden berücksichtigt werden; insoweit erscheint es aber unbedingt zweckmäßig, ihrer Erwähnung zu tun, da sie jeweils auch in den Strafgesetzentwürfen eine Rolle spielen.

Die objektiven Theorien scheiden Mittäter und Gehilfen nach objektiven, äußeren Merkmalen. Sie gliedern sich wieder in zwei Gruppen, in die materiell objektive und die formal objektive Theorie.

Nach der formal objektiven Theorie kommt es rein formal darauf an, ob eine Ausführungshandlung, worunter eine Tatbestandshandlung verstanden wird, vorgenommen ist. Wenigstens ein Teil des gesetzlichen Tatbestandes muß realisiert sein[7]).

Die materiell objektiven Theorien scheiden kausales und nicht kausales Verhalten, ein den Verbrechenserfolg mitverursachendes Tun begründet Mittäterschaft, jede nicht kausale Mitwirkung dagegen Beihilfe. Die Hauptfrage bei dieser Theorie bildet die nach dem ursächlichen Zusammenhang, die ihrerseits bekanntlich wieder außerordentlich umstritten ist. Jedenfalls ist Voraussetzung eine Kausaltheorie, die im Gegensatz zur Äquivalenztheorie Bedingung und Ursache zu unterscheiden vermag, sonst müßte der Gehilfe so gut wie ganz aus dem Strafrecht verschwinden[8]).

Ohne auf nähere in der Literatur schon reichlich geübte Kritik einzugehen, mag nur darauf hingewiesen werden, daß alle objektiven Theorien mit den Zweckdelikten des Strafgesetzbuchs nicht

---

[7]) So z. B. Allfeld, S. 216; Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 397; Liszt, S. 322.

[8]) Hauptvertreter von Birkmeyer in seiner Lehre von der Teilnahme, 1890.

in Einklang zu bringen sind[9]). Wenn bei diesen eine auch noch so weitgehende objektive Mitwirksamkeit erfolgt, so ist doch bei Fehlen der vom Gesetz verlangten Absicht die Annahme von Täterschaft unmöglich.

Maßgebend ist nach den subjektiven Theorien die Willensverschiedenheit, wobei natürlich der verbrecherische Wille in äußere Erscheinung getreten sein muß. Im übrigen aber ist jede Mitwirksamkeit ausreichend. Zu den Vertretern dieser Theorie zählen besonders, wenn auch nicht allein, die Anhänger von der Lehre der Gleichheit aller Bedingungen[10]).

Unter den subjektiven Theorien lassen sich wieder zwei Hauptarten feststellen: die Dolus- und die Interessentheorie.

Nach der Dolustheorie ist Mittäter, wer die Tat als eigene will, er hat den animus auctoris, Gehilfe dagegen ist, wer die Tat als eine fremde will, also mit animus socii handelt[11]).

Die Zweck- oder Interessetheorie unterscheidet nicht einfach nach dem Dolus, sondern nach dem von den Beteiligten verfolgten Interesse. Der Mittäter verfolgt eigene Zwecke und Interessen, der Gehilfe, wenn nicht ausschließlich, so doch vorwiegend fremde Zwecke und Interessen[12]). Die Theorie verkennt, daß den Beweggründen im strafgesetzlichen Tatbestand nur in den besonders hervorgehobenen Fällen Bedeutung zukommt.

Schließlich finden sich noch Kombinationen zwischen objektiven und subjektiven Theorien vertreten, die Bestandteile beider enthalten, das sind die sogenannten gemischten Theorien.

---

[9]) Vgl. z. B. Oetker in GS. 89, S. 197.

[10]) Zur subjektiven Theorie bekennt sich vor allem das Reichsgericht und v. Buri, beide indes aus verschiedenen Gründen. Während v. Buri sich durch seine Äquivalenztheorie zur subjektiven Theorie gedrängt sah, begründet das Reichsgericht seine Ansicht aus den Motiven zum StGB. (vgl. ER. 2, 160; 3, 181). Naheliegend, aber nicht unbedingt notwendig ist, daß Äquivalenztheorie und subjektive Teilnahmetheorie Hand in Hand gehen (s. Nagler, S. 119 ff. und v. Liszt, S. 322 ff.).

[11]) Die Formulierungen sind ohne große sachliche Verschiedenheit manchmal etwas anders, z. B. der Gehilfe wolle das Verbrechen bedingt, der Täter unbedingt, der Gehilfe wolle nur unterstützen, der Täter das Verbrechen vollbringen.

[12]) Über die verschiedenen Fassungen der subjektiven Theorie s. etwa v. Bar, S. 600 f.

3. Der Unterschied der Auffassungen wirkt sich praktisch nicht in dem Maße aus, als es zunächst scheinen möchte. Denn da der Wille als etwas rein Psychisches nur aus Umständen, die in äußere Erscheinung getreten sind, geschlossen werden kann, wird aus einer weitgehenden tatsächlichen Mitwirkung bei Verübung eines Verbrechens zumeist zu schließen sein, daß die Tat als eigene gewollt ist. Man ist sich denn auch einig, daß nur Täterschaft in Betracht kommt bei einer Handlung, die den ganzen Tatbestand setzt. Bei Vorliegen einer nur geringfügigen, untergeordneten Betätigung wird man umgekehrt in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo in der Regel zu der Annahme eines animus socii gelangen [13]).

4. Da das Gesetz versagt, muß der Begriff des Mittäters unter Zuhilfenahme allgemeiner Grundsätze festgelegt werden. Es ist gerechtfertigt, wenn man verlangt, daß der Mittäter jeweils in seiner Person, wenn auch nicht notwendig eigenhändig, den objektiven und subjektiven Tatbestand des Verbrechens erfüllt. Denn wenn das Gesetz den Mittäter als Täter bestraft, ihn also bezüglich der Rechtsfolgen als Täter behandelt, so darf daraus mangels Vorhandensein eines erkennbaren anderweitigen gesetzgeberischen Willens geschlossen werden, daß auch die Schwere seiner Tat und damit deren Merkmale der eines Täters entsprechen müssen. Darin ist enthalten, daß der Mittäter auch die vom Gesetz für den Täter verlangten Voraussetzungen, wie etwa besondere Eigenschaften, Absichten aufweisen muß. Der Mittäter muß Tätereigenschaft haben.

Sämtliche weiteren Schwierigkeiten, die sich die erwähnten Teilnahmetheorien machen, wären nun nicht entstanden, wenn Klarheit darüber herrschte, daß es zwei Wege der Willensverwirklichung gibt, „das physische Kausieren und die Erzeugung entsprechenden fremden Willens, durch dessen Ausführung zugleich der eigene Wille sich realisiert“ [14]). Es ist daher Nagler beizupflichten, wenn er meint, jeder Mittäter könne seinen Willen auch durch seine Genossen zur Ausführung bringen [15]). Soweit in dieser Weise eine Aus-

---

[13]) Vgl. z. B. Coenders, Strafrechtl. Grundbegriffe, S. 280: „Es wird je untergeordneter die objektive Wirksamkeit ist, um so seltener das subjektive Erfordernis, der Dolus der Täterschaft, gegeben sein.“

[14]) S. Oetker, GS. 94, S. 5; vgl. auch Rixius, S. 11 ff., 18.

[15]) Nagler, S. 77.

führung der Tat erfolgt, erscheint der eigenhändig in Aktion Tretende als unmittelbarer Täter, der sich im Hintergrund Haltende als mittelbarer Täter [16]). Demnach gilt die Tat des einen Mittäters auch als die des andern. In zutreffender Weise führt Binding hierüber aus: „. . . was der eine durch den andern tut, das ist seine Handlung und, war sein Werkzeug handlungsfähig, dann auch zugleich Handlung des Werkzeugs [17])." Jeder Mittäter hat somit das ganze Verbrechen verübt.

Die von einem Beteiligten unmittelbar zu entfaltende Tätigkeit, damit er als Mittäter strafbar wird, kann demnach sehr geringfügig sein. Binding [18]) sagt hierüber: „Vielleicht hat einer auch gar nichts anderes getan, als den Genossen zu erkennen gegeben, daß sie für ihn mithandelnd werden sollten. Das ist aber auch das einzige, was der einzelne Mittäter unbedingt selbst getan haben muß" [19]). Es gibt in der Tat keine Gründe, die gegen die Annahme einer solch gearteten Mittäterschaft sprächen. Dieser Auffassung steht § 47 StGB. mit dem Erfordernis gemeinschaftlicher Ausführung nicht entgegen. Denn „was gemeinschaftlich ausgeführt werden soll, beschränkt sich durchaus nicht auf die Verwirklichung des nackten Tatbestandes, sondern das ist ein Verbrechensplan. Nichts anderes hat natürlich auch GB. § 47 im Auge" [20]).

Weshalb ein Mittäter unbedingt selber irgendwelche Ausführungshandlungen vornehmen soll, wäre wirklich nicht verständlich, denn so gut wie der Mittäter einen Teil des gesetzlichen Tatbestandes durch den andern Mittäter als mittelbaren Täter verwirklichen kann, kann er auch den ganzen Tatbestand durch sein Werkzeug realisieren. Der Anschauung des Lebens ist ein uneigenhändiges Handeln durchaus geläufig, insbesondere seit der moderne wirtschaftliche Verkehr in steigendem Maße von Eigenhändigkeit Ab-

---

[16]) LpzK. § 47, Anm. 2 a: „Jeder Mittäter ist gleichzeitig mittelbarer und unmittelbarer Täter im Hinblick auf dieselbe Straftat." Vgl. auch Binding, Grundriß, S. 119.

[17]) S. Binding, GS. 71, S. 8; ferner ders., Grundriß, S. 159.

[18]) Binding, GS. 78, S. 20.

[19]) S. auch Nagler, S. 78, wonach es eine Einengung des Handlungsbegriffes bedeuten würde, wenn man einen unmittelbaren Tatbeitrag für erforderlich erachtet. Vgl. ferner Oetker, GS. 94, S. 17.

[20]) Binding, Grundriß, S. 159.

stand zu nehmen genötigt ist. Andere Rechtsgebiete verzichten ebenfalls auf das Erfordernis persönlichen Handelns, auch insoweit eine Stellvertretung im technischen Sinne, wie sie die §§ 164 ff. BGB. kennen, nicht vorliegt; so ist etwa eine Verarbeitung nach § 950 BGB. oder ein Schatzfund nach § 984 BGB. durch fremde Personen durchaus möglich.

5. Objektiv ist demnach bei der Mittäterschaft erforderlich, daß ein Verbrechen realisiert wird, bei dem jeder Mittäter nicht nur für sich selber, sondern auch gleichzeitig für seine Genossen in mehr oder weniger weitgehendem Maße gehandelt hat. Obwohl schon objektiv zwischen den verschiedenen Personen ein derart gestaltetes Verhältnis vorliegen muß, daß sich davon sagen läßt, jeder handle unter solchen Umständen für und durch den andern, tritt dieses objektive Tatbestandsmoment als solches praktisch doch ganz zurück. Denn für das Vorliegen des gekennzeichneten Verhältnisses sind hauptsächlich subjektive Elemente maßgebend, nämlich der Wille, den eigenen Willen durch die Genossen zur Ausführung zu bringen. Diese subjektiven Elemente gehören aber auch zum subjektiven Tatbestand der Mittäterschaft, weshalb das subjektive Moment dominierende Bedeutung erhält.

Damit, daß ein Mittäter den gesetzlichen Tatbestand durch seinen Genossen realisiert, ist richtigerweise der Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Theorie hinfällig geworden [21]).

In subjektiver Hinsicht ist außer dem gewöhnlichen Tätervorsatz der Wille zu verlangen, zusammen mit und durch die Genossen das Verbrechen auszuführen [22]), es muß unter ihnen Einverständnis über die Tat herrschen [23]). Ob das Einverständnis zufällig bei Verbrechensausführung (zufällige Mittäterschaft) oder auf Grund vorheriger Verabredung (Komplott) zustande kam, ist höchstens für die Strafzumessung von Bedeutung.

6. Da nur soweit das Einverständnis reicht, die Mittäter für einander handeln, so haftet ein Mittäter für den Exzeß des anderen

---

[21]) S. LpzK. § 47, Anm. 2 b β.

[22]) Das ist etwa dann der Fall, wenn jemand — wie es v. Bar S. 607 von seinem Mittäter verlangt — die Absicht hat, eventuell materiell zu tun, was des Täters ist.

[23]) Vgl. z. B. ER. 5, 306; 23, 196; 44, 321.

nicht; eine solche Haftung wird nur praktisch, wenn die Tat einen schweren Erfolg zeitigt, auf den sich der Vorsatz nicht zu erstrecken braucht[24]).

7. Mittäterschaft und Beihilfe unterscheiden sich dadurch, daß der Gehilfe, der zwar vorsätzlich beim Verbrechen mitwirkt, weder durch einen andern das Verbrechen ausführt noch auch ausführen will. Ihm fehlt der Wille, seine Tätigkeit durch die der übrigen Mitwirkenden zur Verbrechensvollendung zu vervollständigen. Man kann daher von ihm mit gutem Grunde sagen, er handle mit animus socii, der Mittäter mit animus auctoris. Darum ist auch die Bezeichnung „subjektive Theorie" für die Stellungnahme des Strafgesetzbuchs nicht unzulässig und wird auch in der vorliegenden Arbeit gebraucht, obwohl, wie ausgeführt, ein Gegensatz zur objektiven Theorie genau genommen nicht besteht.

8. Ein Unterschied der Mittäterschaft gegenüber der Anstiftung bestünde in den meisten Fällen nicht, denn „die weitaus größere Hälfte aller Anstiftungsfälle stellen sich für die wissenschaftliche Betrachtung als Fälle mittelbarer Täterschaft dar"[25]). Anstifter und Angestifteter wären daher an sich Mittäter, aber § 48 engt das Gebiet der Mittäterschaft ein[26]), so daß wegen der Eigentümlichkeit des geltenden Rechts der Täterbegriff dahin einzuschränken ist: „soweit nicht Anstiftung vorliegt"[27]). Es erscheint unzulässig, die Bestimmung des § 48 dahin auszulegen, der Anstifter wolle die Tat als fremde, der Täter, also auch der Mittäter, als eigene, es dürfe bei dem Bestimmenden im Gegensatz zum Bestimmten kein animus auctoris vorliegen[28]). Billigung verdient vielmehr die Ansicht Bindings, der meint: „Es läßt sich . . . nicht bezweifeln, daß das Gesetz in § 48 vor allem an die massenhaften Fälle gedacht hat, in welchen jemand mit Tätervorsatz einen anderen zur Tat bestimmt hat.

---

[24]) Vgl. z. B. §§ 118, 178, 221 Abs. 3, 224, 226, 309, 312, 328 Abs. 2 StGB.

[25]) Binding, GS. 78, S. 34.

[26]) S. auch Oetker, GS. 94, S. 14, der auf die Fehlerhaftigkeit des Begriffs des Mittäters in § 47 hinweist und ebenfalls betont, daß zwischen intellektuellem und physischem Urheber Mittäterschaft bestehe.

[27]) Nagler, S. 47; s. auch Binding, Abhandlungen, S. 352, und Kohler, Studien, S. 113 f., wo die Täterqualität des Anstifters nachdrücklich hervorgehoben ist.

[28]) S. LpzK. zu § 48, N. 1, und ER. 31, 80; 41, 61; 44, 69; Olshausen, N. 5 vor § 47.

Hätte es allein die viel selteneren anderen im Auge gehabt, so müßte das irgendwie angedeutet sein“[29]).

9. Streitig ist die Abgrenzung der Mittäterschaft gegenüber der sogenannten Nebentäterschaft[30]). Es handelt sich hierbei um die Fälle fahrlässigen Zusammenwirkens mehrerer Personen und das Zusammentreffen von vorsätzlichem mit fahrlässigem Verhalten. Nach herrschender Meinung kommt Mittäterschaft nicht in Betracht, wenn sich bei allen Beteiligten der Vorsatz nicht auch auf den Erfolg bezog[31]). Zutreffend wird darauf hingewiesen, daß § 47 zu einer solchen Auslegung keinen Anlaß gebe, es ist daher auch fahrlässige und gemischte Mittäterschaft möglich[32]). Tatsächlich hängt von der Frage nicht allzuviel ab, denn bei Ablehnung der Mittäterschaft kommt eben meist mehrfache Alleintäterschaft in Betracht.

§ 3. Die Anstiftung.

I. Unter Anstiftung versteht das Gesetz die vorsätzliche Bestimmung eines anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung.

1. Der Begriff hat im Gegensatz zu dem der Mittäterschaft und Beihilfe den Vorzug, daß er mit größerer Deutlichkeit zum Ausdruck bringt, welche Lebenserscheinungen von ihm erfaßt werden sollen. Verfehlt ist es dagegen vom Gesetzgeber, daß er zwei ganz verschieden geartete Elemente in einer Norm vereinigt hat. Nicht mit Unrecht spricht Binding von der „grenzenlos unsauberen Mischform des Anstifters“[1]) und vom „unglückseligen Zwittergeschöpf des Anstifters“[2]). In einem Teil der Fälle bedient sich nämlich der Anstifter zur Verwirklichung seines eigenen verbrecherischen Willens der Bestimmung eines Handlungsfähigen, der auch selber Täter ist. Insoweit liegt in Wahrheit intellektuelle Urheberschaft, also mittelbare Täterschaft vor. In allen übrigen Fällen ist die Anstif-

---

[29]) Binding, Abhandlungen, S. 356.

[30]) v. Liszt, S. 324.

[31]) Allfeld, Lehrbuch, S. 219.

[32]) Vgl. Binding, Grundriß, S. 151; Olshausen, § 47, N. 10; Exner, Mittäterschaft, in Frank-Festg. I, S. 572 ff.

[1]) GS. 76, S. 91.

[2]) Grundriß, S. 148.

tung der Gehilfenschaft zuzurechnen [3]). Wo nämlich Urhebervorsatz fehlt, entspringt das objektive Geschehen wenigstens einem Gehilfenwillen. Das Gesetz hat dadurch nicht nur die Vermischung von verschiedenartigen Erscheinungen im Begriff der Anstiftung erreicht, notwendigerweise ist damit auch zugleich die Zerreißung des einheitlichen Täterbegriffs erfolgt [4]), ebenso wie die der Beihilfe. Zu den Fällen der Anstiftung, die ihrer Natur nach psychische Beihilfe sind, gehören die Anstiftung zum Sonderverbrechen durch einen Extranen, Anstiftung zum Zweckdelikt und zum nur eigenhändig begehbaren Verbrechen. Der Anstifterbegriff erscheint damit, daß er sich nur aus Fällen der Täterschaft und Beihilfe zusammensetzt, überflüssig [5]), er führt aber weiterhin, was noch schlimmer ist, zu ganz unangemessenen Resultaten. Es ist allerdings gerecht, dem Urhebereigenschaft besitzenden Anstifter die Strafe für Täterschaft aufzuerlegen, für den Anstifter, der nur psychischer Gehilfe ist, paßt das nicht, wie sich besonders bei der Anstiftung zum Sonderdelikt zeigt. Ihn nur wie einen Gehilfen zu bestrafen, wäre zweckmäßiger gewesen. Indes ist nichts natürlicher, als daß sich mit der Überflüssigkeit und Zwitterform des Anstifterbegriffs die verfehlte Strafdrohung verbindet [6]).

2. Ob die Anstiftungshandlung mit dem Erfolg der Haupttat in Beziehung steht, mit anderen Worten ob zwischen Tätigkeit des Anstifters und Tat des Angestifteten Kausalzusammenhang vorhanden ist [7]), ist nicht unbestritten. Es besteht kein Grund, kausale Verknüpfung von Anstifterhandlung und Haupttat zu leugnen. Das Prinzip der Willensfreiheit nötigt hierzu nicht [8]). Denn trotz der Willensfreiheit ist es, wie die tägliche Erfahrung lehrt, in weitestem

---

[3]) Nagler, S. 147; s. auch Rixius, S. 11 ff.

[4]) Binding, Abhandlungen, S. 356 f.

[5]) Nagler, S. 135. Über den Anstifter mit Täter- und Gehilfencharakter vgl. auch Rixius, S. 27 ff., 50 f., der indes (S. 29) der Ansicht ist, daß für letzteren Anstifter der Begriff des Urhebers im Sinne Bindings gerechtfertigt ist.

[6]) Binding, Abhandlungen, S. 377.

[7]) Birkmeyer, Teilnahme, S. 119 und 256.

[8]) Ohne daß auf die philosophische Frage des Determinismus und Indeterminismus eingegangen zu werden braucht, kann mit Birkmeyer (Teilnahme 1890, S. 116) anerkannt werden, daß das Gesetz auf dem Standpunkt der Willensfreiheit steht und zwar handelt es sich im Recht um Willensfreiheit im psychologischen Sinne (s. Oetker, ZStW. 17, S. 552; Rixius, S. 10).

Maße möglich, auf den Willen fremder Personen einzuwirken. Hat eine solche Einwirkung Erfolg, fügt sich der Beeinflußte dem fremden Willen, so ist der ursächliche Zusammenhang vorhanden. Nur eine besondere Ausdrucksweise liegt vor, wenn man diese Erscheinung dahin formuliert, es liege Bestimmung zur Selbstbestimmung vor[9]). Eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs ist weder durch die Willensfreiheit noch sonstige Gründe gerechtfertigt. Überzeugend bemerkt Binding, daß man sich andernfalls mit der „Anschauungsweise der ganzen Welt" in Widerspruch setzen würde[10]). Unzulässig ist es auch daraus, daß die Vorschrift über Anstiftung bei vorhandenem Kausalzusammenhang ja unnötig wäre, zu schließen, daß deswegen nach Auffassung des Gesetzes der Kausalzusammenhang unterbrochen wäre[11]). Überflüssig ist die Bestimmung überhaupt schon insofern nicht, als der anstiftende psychische Gehilfe ohne besondere Norm nie wie ein Täter bestraft werden könnte. Es ist ferner nicht zu übersehen, daß die Vorschriften des Strafrechts vielleicht in noch höherem Maße als an den Richter sich an den Laien wenden, um ihm vor Augen zu führen, was er zu tun und zu lassen hat. Die Erreichung dieses Zweckes kann für das Gesetz genügende Veranlassung bilden, bereits Gesagtes in anderer, dem Laien deutlich erkennbarer Form zu wiederholen.

Daß gerade die Bestrafung des Anstifters ein nachdrücklicher Protest gegen die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs ist, findet sich in der Literatur mit Recht vertreten[12]).

3. Soweit die positive Bestimmung des § 48 reicht, hat es nur theoretisches Interesse, ob der Anstifter kausiert, ebensowenig spielt es eine Rolle, ob ein Anstifter als psychischer Gehilfe oder Urheber aufzufassen ist. Praktische Bedeutung gewinnen diese Fragen aber dann, wenn nicht alle Erfordernisse des § 48 vorhanden sind, etwa wenn der physische Urheber unzurechnungsfähig ist, ohne daß der

---

[9]) S. Geib, Lehrb. d. Strafrechts, II, S. 345.

[10]) GS. Bd. 76, S. 95.

[11]) Rümelin, AcP. Bd. 90, S. 230.

[12]) S. Coenders, Strafrechtl. Grundbegriffe, S. 229; vgl. auch Merkel, Anstiftung und Beihilfe in Frank-Festg. II, S. 137; § 48 ergibt danach nichts über fehlende Kausalität; er besagt nur, daß psychische Urheberschaft nicht als Täterschaft, sondern als Anstiftung zu werten ist. Über das Bestehen des Kausalzusammenhangs vgl. weiterhin die Ausführungen von Rixius, S. 12 ff.

psychische Urheber davon Kenntnis hat. Durch argumentum a contrario aus § 48 Straflosigkeit zu folgern, geht nicht an; wie Binding[13]) überzeugend betont, ist im heutigen Recht keine Spur davon zu finden, daß wirkliche Verbrechenstäter straflos ausgehen sollen.

4. Mag man die Anstiftung als Urheberschaft oder als Teilnahme an der Tat eines anderen auffassen, keinesfalls erschöpft sich ihr Wesen in einem Angriff auf die gesetzestreue Gesinnung eines anderen[14]). Der Grund für die Strafbarkeit des Anstifters liegt darin, daß er mit Wissen und Willen ein Verbrechen hervorruft[15]).

II. Im einzelnen verlangt das geltende Recht folgendes:

1. Objektiv ist nötig, daß der Anstifter durch Entfaltung bestimmender Tätigkeit im Angestifteten den Entschluß zur Haupttat hervorruft. Das Gesetz führt einige Mittel auf, durch die dieses „Bestimmen" erfolgen kann, läßt aber noch beliebige weitere zu unter berechtigtem Verzicht darauf, die Anstiftung zum Verbrechen mit gesetzlich geschlossenen Mitteln zu stempeln. Damit ist allerdings die Aufführung der Mittel höchst unnötig geworden, schlimmer ist, daß sie auch zu irrtümlicher Auslegung des Gesetzes Anlaß gibt. Dadurch daß „absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums" genannt sind, ist der falschen Ansicht Vorschub geleistet, daß auch die Anstiftung zu fahrlässiger Tat von § 48 erfaßt werde[16]). Anstiftung ist auch durch Unterlassen durchaus möglich[17]).

Ist der Beeinflußte ein alias facturus, so kann er nicht mehr zur Tat bestimmt werden, Anstiftung ist somit ausgeschlossen, aber nicht Mittäterschaft[18]) und psychische Beihilfe. Ob aber im konkreten Fall schon ein Entschluß vorhanden ist, kann sehr zweifelhaft sein, so etwa, wenn noch gewisse Hemmungsvorstellungen gegen die Ausführung der Tat bestehen[19]).

---

[13]) Grundriß, S. 109.

[14]) Vgl. Binding, Grundriß, S. 170; ähnlich Nagler, S. 136 f.

[15]) S. Coenders, Strafrechtl. Grundbegriffe, S. 177; vgl. auch LpzK. § 48, Ziff. 1.

[16]) So Binding, Grundriß, S. 171, Abhandlungen, S. 361; M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 407.

[17]) Merkel a. a. O. S. 149.

[18]) S. hierüber Rixius, S. 34.

[19]) Über den Begriff des Entschlusses s. Hergt, Teilnahme am Verbrechen, S. 36 ff.

Schließlich ist noch nötig, daß der Angestiftete auf Grund des in ihm erzeugten Entschlusses eine vorsätzlich rechtswidrige Tat begeht, mag es sich um Verbrechen, Vergehen oder Übertretung handeln, gleichgültig ist auch, ob dem Angestifteten ein persönlicher Strafausschließungsgrund zugute kommt.

Vorsätzliche Bestimmung zu fahrlässiger Tat wird richtigerweise nicht als Anstiftung, sondern als mittelbare Täterschaft bestraft. Denn sonst ergäben sich ganz abwegige Konsequenzen. Ein solcher Anstifter ginge jeweils straflos aus, wenn die fahrlässige Deliktsbegehung nicht pönalisiert ist, ist sie es aber, dann träfe ihn wie den Täter nur die Strafe für Fahrlässigkeit. Diese schlechten Resultate verbieten, aus dem Gesetz herauszulesen, daß Bestimmung zu fahrlässigem Delikt als Anstiftung strafbar ist.

Da die Haupttat vorsätzlich begangen sein muß, kommt Anstiftung nicht in Betracht, wenn die unter den Anstiftungsmitteln des § 48 aufgezählte Gewalt, Drohung oder Irrtum ein derartiges Maß annehmen, daß auf seiten des Angestifteten nur eine fahrlässige oder überhaupt keine schuldhafte Handlung mehr vorliegt. Meist wird der Hintermann mittelbarer Täter sein.

2. In subjektiver Beziehung bedarf es beim Anstiftenden vorsätzlichen Handelns, wobei Dolus eventualis genügt, fahrlässige Anstiftung ist zwar denkbar[20]), aber wegen ihres unbedeutenden Schuldgehaltes nicht strafbar. Der Vorsatz des Anstifters muß sich, wie bei sonstigen Delikten auch, auf den ganzen objektiven Tatbestand beziehen. Nötig ist also der Wille, auf einen andern psychisch einzuwirken, den Entschluß zur Begehung des Delikts in ihm zu erzeugen, dabei muß der Anstifter eine bestimmte Vorstellung von der Haupttat haben, die begangen werden soll, und zwar vor allem von denjenigen Umständen, die sie zu einer strafbaren machen. Im einzelnen ist manches streitig, z. B. wie weit der Anstiftende eine Vorstellung von den zur Tat bestimmten Personen haben muß. Bestritten ist, ob der Vorsatz des Anstifters sich nur darauf beziehen muß, daß die Haupttat ins Stadium des strafbaren Versuchs[21]) gelangt, oder daß sie wenigstens formal vollendet wird oder daß gar darüber hinaus das Verbrechen seiner sachlichen Bedeutung nach

[20]) Vgl. z. B. Allfeld, Lehrbuch, S. 221.

[21]) So Olshausen, § 48, N. 14; v. Bar, S. 647.

zustande komme[22]). Mit der Stellungnahme zu diesen Fragen hängt die Behandlung des Agent provocateur zusammen. Wenn Anstiftung nur zum Versuch gewollt ist, liegt keine strafbare Anstiftung vor. Das ergibt sich daraus, daß die Anstiftung sachlich betrachtet Urheberschaft ist, gerade so wenig wie ein physischer Täter mit Versuchsvorsatz macht sich auch ein solcher psychischer Täter strafbar. Wegen der Gleichbehandlung gilt das auch für den Anstifter, der psychischer Gehilfe ist. Solche Anstiftung zum Versuch liegt vor, wenn ein Eingreifen vor Deliktsvollendung zwecks Erfolgsabwendung beabsichtigt ist oder wenn dem Täter wissentlich ein untaugliches Mittel geliefert wird. Erforderlich und genügend ist, daß der Anstifter die formelle Deliktsvollendung will, ohne daß es darauf ankommt, ob er den Schaden, gegen den das Gesetz schützen soll, verhindern will, weil die Motive, um die es sich hier handelt, den Verbrechenstatbestand nicht berühren[23]). Die Unterscheidung zwischen materieller und formeller Deliktsvollendung ist somit als dem geltenden Recht unbekannt zurückzuweisen[24]). Soweit indes Einwilligung des Verletzten mit der Tat des Agent provocateur vorliegt, ist regelmäßig hiewegen die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen.

3. Schwierigkeiten entstehen, wenn sich Anstiftungsvorsatz und Tat des Angestifteten nicht decken.

a) Gelang dem Angestifteten wider Willen des Anstifters nicht einmal ein strafbarer Versuch der Haupttat, so sind beide Teile deliktisch nicht verantwortlich geworden. Es wäre tatsächlich auch unbillig, den Anstifter wegen versuchter Anstiftung haftbar zu machen und ihn damit schlechter als den Täter zu behandeln, der für seine Vorbereitungshandlungen auch nicht einzustehen braucht. Die Straflosigkeit des Anstifters wird verschieden begründet. Richtigerweise beruht sie unmittelbar auf § 48, der eben mindestens strafbaren Versuch verlangt, bis dahin ist alles Vorbereitung[25]).

---

[22]) So z. B. Allfeld, Lehrbuch, S. 207; Rixius, S. 26, 50, 95 Anm. 214a.

[23]) Vgl. Binding, Grundriß, S. 171.

[24]) S. M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 406.

[25]) Dem gegenüber wird gelegentlich zu Unrecht behauptet, die Straflosigkeit des Anstiftungsversuchs lasse sich nur mit der Vorgeschichte der §§ 48, 49, 49a, sowie mit argumentum a contrario aus § 49a begründen; vgl. z. B. M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 396, Dahm, Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 224, S. 103.

b) Da sich der Vorsatz des Anstifters auf die ausgeführte Tat erstrecken muß, so scheidet eine Haftung für Anstiftung aus, wenn der Angestiftete eine ganz andere Tat beging. Geht der Angestiftete aber nur über das vom Anstifter gewollte Maß hinaus, so entfällt nur die Haftung für das Plus, außer wenn das Gesetz für den schweren Erfolg auch ohne Vorsatz haften läßt[26]).

Ist weniger, als vom Anstifter gewollt, geschehen, so ist er zwar nicht wegen des Geplanten, wohl aber wegen des tatsächlich Ausgeführten zur Verantwortung zu ziehen. Denn auch auf dieses hat sich sein Vorsatz erstreckt. Damit daß der Anstifter mehr wollte, hat er zugleich notwendig in Kauf genommen, daß auch das Minus realisiert werde.

c) Besonders streitig ist, wenn auf seiten des Täters ein error in objecto bei Gleichwertigkeit des Objekts vorliegt. Hier liegt Anstiftung nicht vor, allerdings wurde der Angestiftete dafür ursächlich, daß das falsche Objekt getroffen wurde, indes hat er das nicht gewollt, es fehlt also diesbezüglich am Anstiftervorsatz. Bloß unwesentliche Abweichungen vom Anstiftervorsatz, die allerdings irrelevant sind, liegen hier nicht vor, sondern außerordentlich bedeutsame, da sich die Handlung gegen einen ganz anderen Gegenstand richtet, als vom Anstifter gewollt[27]).

d) Bei der aberratio ictus haftet der Anstifter als solcher für den Versuch, für den sonstigen strafbaren Erfolg möglicherweise als fahrlässiger Täter.

e) Glaubt der Bestimmende fälschlich, der von ihm zur Tat Bestimmte sei zurechnungsfähig - Anstifter ist er also nur in seiner Einbildung —, so liegt gewöhnlich mittelbare Täterschaft vor; denn der Anstiftervorsatz ist ja meist inhaltlich Tätervorsatz. Ist der Anstifter aber nur als intellektueller Gehilfe anzusehen, so ist Straflosigkeit geboten[28]). Im umgekehrten Falle ist ebenso zu ent-

---

[26]) Vgl. ER. 59, 156.

[27]) A. M. z. B. Allfeld, Lehrbuch, S. 223, mit Angabe von Literatur; Rixius, S. 41 f.

[28]) Der Fall ist sehr streitig; wie hier Binding, Abhandlungen, S. 361, a. M. z. B. Frank, II, 1 vor § 47; vgl. auch Allfeld, Lehrbuch, S. 215. Bestrafung wegen Teilnahme ist unmöglich, da wegen Fehlens einer strafbaren Handlung des anderen nicht einmal deren objektiver Tatbestand gegeben ist, § 59 StGB. kann daher zur Lösung der Frage nicht herangezogen werden.

scheiden. Hat der Hintermann das Ausführungsorgan fälschlich für unzurechnungsfähig gehalten, so hat er Tätervorsatz, die von ihm kausierte Tat ist auch ausgeführt worden, ein Irrtum liegt nur über einen unwesentlichen, lediglich ein Zwischenglied bildenden Nebenumstand vor, so daß der Täterhaftung nichts entgegensteht[29]). Der intellektuelle Gehilfe hat straflos auszugehen.

III. Den Anstifter trifft die Strafe eines Täters. Von manchen wird das als unbillig empfunden wegen seiner geringeren Strafwürdigkeit[30]). Daß mildere Bestrafung des Anstifters, der nicht psychischer Urheber ist, angezeigt wäre, wurde schon hervorgehoben[31]).

§ 4. Die Beihilfe.

1. Nach dem Gesetz ist Beihilfe die vorsätzliche Hilfeleistung zu dem von einem andern begangenen vorsätzlichen Verbrechen oder Vergehen. Beihilfe zu Übertretungen ist wegen der Geringfügigkeit des Verschuldens nicht strafbar.

a) Die Hauptstreitfrage bildet den Unterschied zur Mittäterschaft[1]).

b) Zweifelhaft ist auch die Abgrenzung von Anstiftung und psychischer Beihilfe. Beihilfe im Gegensatz zu Anstiftung ist jede psychische Mitwirkung, die nicht den Entschluß zur Tat hervorrief, oder bei der doch der Vorsatz der Entschlußhervorrufung fehlte, wenn nur wenigstens eine Hilfeleistung gewollt war[2]).

c) Der Unterschied zur Begünstigung liegt darin, daß letztere erst nach der Tat erfolgt. Nur dann ist in ihr eine Mitwirkung bei der Tat enthalten, wenn sie vor Deliktsbegehung zugesagt ist, sie wird daher in diesem Fall als Beihilfe bestraft (§ 257 Abs. 3 StGB.).

[29]) Ebenso Binding a. a. O. S. 362. Vielfach wird Teilnahme angenommen mit der Begründung, der Tätervorsatz enthalte den Teilnehmervorsatz, was allerdings richtig ist, indes angesichts vorhandener Täterschaft nicht herangezogen zu werden braucht; anders als hier Frank, II, 2 vor § 47.

[30]) So Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 462.

[31]) S. v. Bar, S. 660.

[1]) S. hierüber oben § 2.

[2]) Birkmeyers Ansicht (Teilnahme 1890, S. 122) ist unrichtig, wonach psychische Einwirkung vor Entschlußfassung Anstiftung, nachher Beihilfe begründet.

2. Über die einzelnen objektiven Erfordernisse der Beihilfe ist man sich nicht einig.

a) Das Gesetz kennt zwei Formen: Beihilfe durch Rat und durch Tat. Der seinem Wortlaut nach zu enge Ausdruck der Hilfeleistung durch „Rat" — es gibt auch Fälle psychischer Beihilfe, die nicht Rathilfe sind[3]) — ist gerechtfertigterweise allgemein dahin ausgelegt worden, daß er jede psychische Unterstützung erfaßt.

b) Daß Tatbestandshandlungen und Handlungen, die den Erfolg kausieren, Beihilfe begründen können, ergibt sich schon daraus, daß die Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe nicht nach objektiven Merkmalen zu ziehen ist.

c) Zweifelhaft ist auch, was das objektive Mindesterfordernis der Beihilfehandlung gegenüber straflosem Tun ist. Vielfach verlangt man Kausalität in der Weise, daß der Gehilfe wenigstens eine Erfolgsbedingung zu setzen hat[4]). Das Gesetz erfordert derartiges nicht und zwar mit Recht. Manche strafwürdig erscheinende Beteiligung, die sich aber auf den Erfolg nicht auswirkte, müßte sonst ungeahndet bleiben. Man denke etwa an ein Wachestehen, das meist keine Erfolgsbedingung sein wird; zum mindesten wäre es zweifelhaft, ob solche Beihilfe nicht geradesogut hätte unterbleiben können[5]). Das Reichsgericht will denn auch von einem ursächlichen Zusammenhang mit dem Erfolg nichts wissen[6]). Die Gegensätze zwischen den verschiedenen Meinungen dürften indes nicht so groß sein, als zunächst scheinen möchte. Die Vertreter der Kausalität lassen es vielfach genügen, daß die Beihilfe für den Erfolg so, wie er eintrat, und zu der Zeit, da er eintrat, bedingend war[7]), die Gehilfentätigkeit muß mindestens physisch oder psychisch mit der Täterhandlung in Verbindung getreten sein[8]); nicht darauf komme es an, ob der Täter gegebenenfalls auch ohne Mitwirkung des Teilnehmers gehandelt hätte, sondern ob er an diesem Tage, auf diese Weise, unter der Gesamtheit dieser Begleitumstände gehandelt haben

[3]) S. Kern, GS. 92, S. 151.

[4]) Vgl. z. B. v. Liszt, S. 327, S. 311.

[5]) Vgl. Hoegel, ZStW. 37, 661, der aus diesem Grunde die Ursächlichkeit verwirft.

[6]) Vgl. z. B. ER. 6, 169; 8, 267; 13, 265; 58, 113; ebenso LpzK. § 49, 5 b; Kern, GS. 92, S. 136.

[7]) v. Bar, S. 597.

[8]) v. Bar, S. 697.

würde[9]). Die Gegner der Kausalität verlangen aber auch eine Verbindung mit der Verbrechenstat, die Beihilfe darf nicht ganz außerhalb des Verbrechens stehen[10]), sie muß irgend etwas dazu beigetragen haben, daß die Tat so verlief, wie sie sich abgespielt hat[11]).

Eine Konsequenz der richtigen vom Reichsgericht vertretenen Ansicht ist es, daß die Beihilfe keinen fördernden Erfolg zu haben braucht. Straflos ist sie nur dann, wenn die Handlung, die diesen Erfolg zeitigen sollte, mißlang, oder wenn sie sich völlig außerhalb des tatsächlichen Verbrechensvorgangs, bei dem mitgewirkt werden sollte, hielt[12]); strafbar ist dagegen ein Gehilfe, wenn er irgendwelche, obgleich nicht förderliche Mitwirksamkeit in einem Verbrechensvorgang entfaltet hat[13]).

d) Beihilfe durch Unterlassen ist möglich bei Vorliegen einer Rechtspflicht zum Handeln.

e) Nötig ist, daß der Haupttäter ein vorsätzliches, mindestens bis zum strafbaren Versuch fortgeschrittenes Verbrechen oder Vergehen verübt hat[14]).

3. a) Subjektiv ist erforderlich, daß der Gehilfe seine eigene Handlung wissentlich vornimmt und dabei die Vorstellung hat, zu einer bestimmten vorsätzlich strafbaren Handlung eines anderen mitzuhelfen, wobei dolus eventualis genügt. Kenntnis des Täters braucht er nicht zu haben[15]). Der Gehilfenvorsatz hat sich darauf zu richten, daß die Haupttat vollendet, nicht bloß versucht werde[16]).

---

[9]) v. Liszt, S. 311.

[10]) Siehe Coenders, ZStW. 46, S. 5.

[11]) Olshausen, § 49, N. 7 und 8, und die dort zitierten Reichsgerichtsentscheidungen.

[12]) Oetker, GS. 94, S. 20.

[13]) Coenders, ZStW. 46, S. 5 f.

[14]) Binding, Abhandlungen, S. 372, Grundriß, S. 162, 171, hält de lege lata die an sich mögliche Beihilfe zu fahrlässiger Tat für strafbar.

[15]) S. ER. 11, 87.

[16]) H. M. vgl. z. B. ER. 16, 25; 32, 353; 56, 168. A. M. LpzK. § 49, Z. 4, es sei genügend, daß der Gehilfe die Ausführungshandlung des Haupttäters als solche fördern wolle. Indes liegt alles doch wohl gleich wie im entsprechenden Fall bei der Anstiftung. Anstiftender und Hilfe leistender Agent provocateur können nicht verschieden behandelt werden (s. z. B. Frank, § 49, I). Will jemand nur bei einem Versuch mitwirken, so hat er eben nicht den Vorsatz, sich an einem Angriff auf irgendwelche Rechtsgüter zu beteiligen; nur ein solcher Vorsatz ist rechtlich relevant.

b) Die bei der Anstiftung geltenden Grundsätze kommen auch beim Gehilfen in weitestem Maße zur Anwendung, so bezüglich der Haftung für den Exzeß, das von ihm verwirklichte Minus und Aliud, und den von ihm herbeigeführten schweren Erfolg bei qualifizierten Erfolgsdelikten. Die Fälle des Irrtums des Gehilfen über die Täterschuld sind zu beurteilen wie bei demjenigen Anstifter, der in Wahrheit psychischer Gehilfe ist[17]). Glaubt ein Unterstützender indes, der Täter handle ohne Schuld, so hat er in Wahrheit Täterwillen, sofern er in seiner Person auch etwaige besondere Tätervoraussetzungen erfüllt, wie Sondereigenschaft und andere; da er durch den Ausführenden handelt und sich damit dessen als mittelbaren Täters bedient, so steht einer Bestrafung als Täter nichts entgegen, insbesondere schließt ja der Vorsatz des Ausführenden die mittelbare Täterschaft nicht aus[18]).

4. Mit Rücksicht auf die geringere Schuld[19]) des Gehilfen hat bei ihm obligatorisch gemäß § 49 Abs. 2 eine der Täterschaft gegenüber nach Versuchsprinzipien reduzierte Strafe einzutreten. Ist der Haupttäter nur wegen Versuchs strafbar, so ist doppelte Reduktion geboten.

§ 5. Die Akzessorietät.

1. Unter Akzessorietät versteht man die Erscheinung, daß zu der Handlung des Teilnehmers noch die Verübung des wenigstens bis zum strafbaren Versuch gediehenen Delikts durch die Ausführungsperson hinzutreten muß[1]). Das geltende Recht verleiht damit der Handlung des Ausführenden eine vorherrschende Stellung. Nach der Haupttat bemißt sich in beträchtlichem Umfang die rechtliche Beurteilung der Tat des Teilnehmers.

---

[17]) S. o. § 3, II, 3; vgl. über diese Fälle Frank, II, 1 und 2 vor § 47 mit Literaturangabe.

[18]) So auch ER. 57, 274. Häufig wird Beihilfe angenommen, da verkannt wird, daß man den eigenen schuldhaften Willen durch eine andere Person zur Ausführung bringen kann. Vgl. Frank, II, 2 vor § 47; Allfeld, Lehrbuch, S. 216; v. Liszt, S. 315.

[19]) Vgl. z. B. Oetker, GS. 89, S. 198.

[1]) Versuchte Teilnahme ist daher nur als delictum sui generis strafbar; vgl. z. B. §§ 49a, 85, 111, 141, 159, 357.

Der Begriff der Akzessorietät leidet darunter, daß unter ihm Verschiedenartiges verstanden werden kann und tatsächlich auch verstanden wird. Hierin Klarheit geschaffen zu haben, ist das Verdienst M. E. Mayers[2]). Nach ihm sind vier Grade der Akzessorietät zu unterscheiden. Da sie auch in der Strafrechtsreform eine Rolle spielen, mag ihrer wenigstens teilweise Erwähnung geschehen. Die limitiert akzessorische Form der Teilnahme liegt vor, wenn die Täterhandlung lediglich den objektiven rechtswidrigen Tatbestand eines Verbrechens realisiert; kommt zur Rechtswidrigkeit noch die Schuld hinzu, so ist die extrem akzessorische Form der Teilnahme gegeben.

2. Ob und wie weit die Teilnahme akzessorisch gestaltet ist, ist nicht aus logischen Grundsätzen abzuleiten, sondern nur den in Betracht kommenden Gesetzesstellen zu entnehmen. Der Begriff der Akzessorietät hat dabei die Bedeutung, daß er bestimmte Eigentümlichkeiten der gesetzlichen Regelung über das Verhältnis von Täter und Teilnehmer in einem kurzen, das Wesen der Sache bezeichnenden Ausdruck zusammenfaßt. Reine Begriffsjurisprudenz wäre es, die Akzessorietät dazu zu verwenden, mit ihrer Hilfe ohne weitere Prüfung Rechtsfolgen, die man gerne aus dem geltenden Recht herauslesen möchte, zu begründen[3]). Ausgangspunkt kann nicht die Akzessorietät sein, vielmehr muß umgekehrt an Hand des Gesetzes selber und der in ihm enthaltenen Wertungen geschlossen werden, inwieweit die Teilnahmehandlung die rechtlichen Schicksale der Haupthandlung teilt. Es ist nicht aus der Akzessorietät auf irgendwelche Rechtssätze zu schließen, sondern umgekehrt, die der Rechtsordnung entnommenen Rechtssätze müssen erst den Begriff der Akzessorietät rechtfertigen.

3. Ob nach geltendem Recht außer Anstiftung und Beihilfe[4]) auch die Mittäterschaft akzessorisch ist, ist streitig[5]). Unbedenk-

[2]) Versuch und Teilnahme, S. 355 f.

[3]) Franks Rüge (§ 48, II, 2), daß man häufig mit dem Schlagwort Akzessorietät beweisen zu können glaubt, was man gerade beweisen will, ist durchaus am Platze.

[4]) Für sie ergibt sich aus den §§ 48, 49 ohne weiteres die Akzessorietät insofern, als sie von der Begehung der Haupttat abhängig gemacht sind; s. auch o. § 3. II, 1 und 3, und § 4, Ziff. 2.

[5]) Akzessorietät wird von Birkmeyer, VD. S. 55, Teilnahme, 1890, S. 148, behauptet. A. A. z. B. Binding, Abhandlungen, S. 347. „

lich kann ihr dergestalt akzessorischer Charakter beigemessen werden, als zu dem deliktischen Verhalten einer Person die schuldhaft rechtswidrige Tat eines Genossen hinzutreten muß, damit eine strafbare Handlung in Mittäterschaft vorliegt. Entfällt aber die Strafbarkeit des einen Teils, so ist regelmäßig der andere als Alleintäter zu bestrafen. Insofern ist die Mittäterschaft nicht akzessorisch. Es handelt sich hier nicht um Probleme juristischer Erkenntnis, sondern der Terminologie. Jedenfalls wäre aber die Akzessorietät der Mittäterschaft von der der Anstiftung und Beihilfe wesentlich verschieden [6]).

4. Das geltende Recht enthält die extrem akzessorische Form der Teilnahme, da die Tat, an der teilgenommen wird, schuldhaft rechtswidrig begangen sein muß; eine Ausnahme enthält § 4 JGG. mit dem Prinzip der limitierten Akzessorietät. Liegt beim Haupttäter nur ein persönlicher Strafausschließungsgrund vor, so berührt dieser seiner Natur entsprechend die Teilnahme nicht, ebenso verhält es sich bei Strafaufhebungsgründen und bei Bedingungen der Strafverfolgung.

5. Von Akzessorietät kann auch in anderem Sinn insofern die Rede sein, als die Haupttat für die Art und Weise der Haftung der Teilnehmer maßgebend ist.

6. Zwecks Vermeidung von Ungerechtigkeiten statuiert das Strafgesetzbuch in § 50 eine Ausnahme von der weitestgehenden Form der Akzessorietät. Persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse [7]), die nach dem Gesetz eine Erhöhung oder Verminderung der Strafe zur Folge haben, also strafändernde Umstände, sind nur dem Beteiligten zuzurechnen, bei dem sie vorliegen. Umstände sachlicher Art, die im Delikt selber gelegen sind, stehen zu denen in § 50 im Gegensatz. Bei diesen persönlichen Umständen muß es sich um etwas Dauerndes handeln, weshalb Überlegung bei Mord nicht hierher zu rechnen ist, dagegen nach der allerdings bedenklichen Rechtsprechung des Reichsgerichts Rückfall, Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit.

---

[6]) Vgl. LpzK. 1 zu § 47.

[7]) Der Ausdruck „Verhältnisse" besagt gegenüber den Eigenschaften nichts Neues, vgl. Binding, Grundriß, S. 174.

7. Von strafbegründenden und strafausschließenden Umständen spricht § 50 nicht, es darf daraus aber noch nicht durch Umkehrschluß gefolgert werden, daß die Teilnahme am Sonderdelikt strafbar ist. Das Gesetz behandelt an dieser Stelle einen ganz anderen Fragenkomplex, nämlich wie hoch die Strafbarkeit der Beteiligten ist; vorausgesetzt ist in § 50, daß die Strafbarkeit an sich gegeben ist[8]).

§ 6. Das Sonderdelikt.

1. Ohne daß auf den Begriff des Sonderdelikts näher einzugehen wäre, können als Sonderdelikte solche Delikte bezeichnet werden, deren Tatbestand die Zugehörigkeit des Verbrechenssubjekts zu einem bestimmten Personenkreis voraussetzt. Bei ihnen wendet sich die Norm des Gesetzgebers nur an eine bestimmte Gruppe der Rechtsgenossen.

2. Das Sonderdelikt ist in der Teilnahmelehre deswegen von Interesse, weil es außerordentlich zweifelhaft, zugleich aber von größter praktischer Bedeutung ist, wie weit Teilnahme an ihm möglich ist. Es handelt sich hauptsächlich darum, ob sich der Extrane auch in strafbarer Weise an der Tat des Intranen beteiligen kann. Die durchaus herrschende Meinung bejaht es[1]), aber mit verschiedener Begründung[2]). Nicht zu verwerten ist Naglers Ansicht[3]), neben den den Intranen bindenden primären Rechtsnormen gebe es entsprechend dem Wesen des Sonderdelikts sekundäre, die den Extranen verpflichten. Aus dem Begriff des Sonderverbrechens folgt nämlich noch nicht das Bestehen solcher Rechtsnormen, ihre Existenz ergibt sich erst dann, wenn man zum Ergebnis kommt, daß die §§ 48, 49 auch auf Extrane anwendbar sind, denn in diesem Fall wird die zunächst nur den Intranen vinkulierende Norm auch auf die Extranen erstreckt.

Daß sich die Bestrafung des Teilnehmers am Sonderverbrechen nicht durch argumentum a contrario aus § 50 ergibt[4]), wurde schon

---

[8]) Überzeugend von Nagler, S. 97, ausgeführt.

[1]) A. M. z. B. Kohler, Studien, S. 134.

[2]) Die verschiedenen Auffassungen s. bei Hergt, S. 154.

[3]) Nagler, S. 110 ff.; vgl. hierzu Oetker, GS. 68, S. 305; Rixius, S. 53.

[4]) Vgl. aber z. B. M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 411.

erwähnt, ebenso darf nicht kritiklos zur Lösung der Frage mit der Akzessorietät der Teilnahme operiert werden; denn es ist in erster Linie nachzuweisen, daß die Heranziehung der Akzessorietät auch in dieser Hinsicht zulässig ist, will man sich nicht einer Petitio principii schuldig machen.

Richtig ist zunächst nur das eine, daß die Vorschriften des Strafgesetzbuchs ihrem Wortlaut nach ohne weiteres eine Bestrafung des Teilnehmers zulassen. Es fragt sich daher nur, ob nicht besondere Gründe eine einschränkende Gesetzesinterpretation gebieten. Das ist nicht der Fall. Dem Strafgesetz kommt es im wesentlichen auf Schutz von Rechtsgütern an. Deren Verletzung ist auch dem am Angriff hierauf teilnehmenden Extranen zuzuschreiben. Das Schutzbedürfnis ist auch ihm gegenüber vorhanden[5]). Wenn auch die Erfüllung der Sonderpflichten nur von dem Intranen verlangt wird, so liegt doch die Achtung vor diesen Sonderpflichten jedermann ob[6]). Das „Ob" der Strafbarkeit des Extranen ist demnach mit zwingender Notwendigkeit zu bejahen. Daß der Außenstehende eine Verletzung besonderer Pflichten, wie sie dem Intranen obliegen, nicht begeht, ist dem gegenüber nicht so erheblich, daß er deswegen straflos ausginge. Einzuräumen ist allerdings, daß in der Strafbarkeit das Gesetz nicht das richtige Maß eingehalten hat.

3. Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich bei den auch hierhergehörigen Militärdelikten. Sie sehen großenteils Strafen vor, die nur für Militärpersonen passen. Das führte, unterstützt dadurch, daß gewisse Beteiligungen von Zivilpersonen unter Sonderstrafdrohung gestellt sind[7]), gelegentlich zu der Meinung, daß es bei diesen Delikten keine strafbare Beteiligung Außenstehender gebe[8]). Das Gesetz brachte indes auch bei diesen Delikten nirgends zum Ausdruck, daß wirklich strafwürdige Taten straflos bleiben sollten. Die rein militärischen Strafen sind eben in die entsprechenden des Strafgesetzbuchs umzuwandeln[9]).

---

[5]) S. Oetker a. a. O. S. 305; Nagler, S. 115; Rixius, S. 53.

[6]) v. Bar, S. 658.

[7]) Vgl. die §§ 112, 141, 143 StGB.

[8]) So M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 413; Frank, IV, 1 vor § 47; Kern, GS. 92, S. 159.

[9]) S. Nagler, S. 116 f.; Liszt, S. 334.

4. Nicht vermeiden läßt es sich, daß die Behandlung des Sonderverbrechens in Verbindung mit der Akzessorietät teilweise zu unharmonischen Ergebnissen führt. Strafbar ist die Teilnahme des Extranen an der Tat des verantwortlichen Intranen, straflos, wenn letzterer unverantwortlich ist[10]). Unter dem Gesichtspunkt mittelbarer Täterschaft ist die Teilnahme des Intranen an der Tat des verantwortlichen oder unverantwortlichen Extranen zu werten. Verlangt aber ein Sonderdelikt seiner Natur nach weiterhin eigenhändige Ausführung, so kann auch der Intrane nicht mittelbarer Täter sein.

§ 7. Der Rücktritt.

Ein Rücktritt vom Versuch ist sowohl auf Seite des Täters wie des Teilnehmers denkbar.

I. Erwirbt sich der Täter durch Rücktritt Straflosigkeit, so folgt nicht etwa aus der akzessorischen Natur der Teilnahme, daß Anstifter und Gehilfen damit von selber straflos werden. Worin man auch die juristische Natur des Rücktritts erblicken mag, so viel steht jedenfalls fest, daß in dem Moment, da die Täterhandlung strafbar wurde, dies auch für die Teilnahme zutraf. Aus der Akzessorietät aber ist höchstens herzuleiten, daß Strafanspruch gegen Täter und Teilnehmer in ihrem Entstehen aneinander geknüpft sind, aber nicht in ihrem Weiterbestehen. Sollte dennoch der dem Teilnehmer gegenüber bereits entstandene Strafanspruch wieder wegfallen, so müßten hierfür deutliche Anhaltspunkte im Gesetz zu finden sein, zumal wenn man bedenkt, daß der Rücktritt hauptsächlich aus kriminalpolitischen Gründen im Gesetz Aufnahme fand[1]).

Tritt ein Mittäter, der mit der strafbaren Ausführung der Tat schon begonnen hat, zurück, so sind daher auch die anderen Mittäter strafbar, selbst wenn sie eigenhändige Tätigkeit nicht vollbracht haben, denn der Zurücktretende hat für sie gehandelt, dessen Handlung ist auch die ihrige[2]).

II. Streitig ist, in welcher Weise ein rechtswirksamer Rücktritt des Teilnehmers erfolgen kann.

---

[10]) v. Bar, S. 661, nimmt mittelbare Täterschaft an.

[1]) Für Straflosigkeit des Teilnehmers v. Bar, S. 688; Kohler, Studien, S. 143 f.; Binding, Grundriß, S. 138, GS. 68, S. 24.

[2]) So z. B. LpzK. § 47, 10. A. M. Frank, § 47, V.

1. Unterbleibt trotz Vornahme der Teilnahmehandlung ein strafbarer Versuch der Haupttat, so ist wegen der fehlenden Akzessorietät der Teilnehmer nicht strafbar geworden, es bedarf keines Rücktritts.

2. Zweifel entstehen erst, wenn die Haupttat strafbar wurde. Da die Normen des Allgemeinen Teiles auch auf die Teilnehmer Anwendung zu finden haben, hat § 46 auch für sie zu gelten. Davon ganz abgesehen wäre der Begriff des Täters in § 46, der keinen Gegensatz zum Teilnehmer aufrichten will, extensiv, also jeden Delinquenten umfassend, auszulegen. Zum mindesten müßte ein argumentum a majore ad minus gezogen werden, wenn sogar dem am Verbrechen Meistbeteiligten die Vergünstigung des Rücktritts zuteil wird, darf sie erst recht nicht dem minder Mitwirkenden entzogen werden.

Wer seine Tätigkeit bereits beendet hat, kann nur nach § 46 Abs. 2 zurücktreten. Nur diese Rücktrittsmöglichkeit besteht für Teilnehmer[3]), andernfalls läge erst versuchte und daher nicht strafbare Teilnahme vor.

3. Ist mit der Ausführung des Verbrechens noch nicht begonnen, so kann ein Mittäter, der in diesem Verbrechensstadium als Mitkomplottant erscheint, ebenso wie ein Anstifter[4]) durch bloße Rücktrittserklärung an die Genossen sich Straflosigkeit sichern[5]). Bei Mittäterschaft mangelt es dann schon objektiv an einem Verhältnis, bei dem die Beteiligten für einander handeln. Im Fall der Anstiftung nötigt der Anstifter den Täter, innerlich zur Rücktrittserklärung Stellung zu nehmen. Der Täter hat sich nunmehr zu entscheiden, ob er die Tat begehen will trotz Rücktritts des Anstifters, obwohl er nicht mehr dessen Willen verwirklicht. Nicht mehr auf dem alten, sondern auf diesem neuen Entschluß beruht die Ausführung der Tat.

Bei bloßem Ausbleiben eines Mitkomplottanten kommt es darauf an, ob dieses als Rücktrittserklärung von den ausführenden Genossen verstanden wird[6]).

---

[3]) S. Allfeld, S. 202; v. Liszt, S. 308.

[4]) Oetker, GS. 89, S. 192; Binding, Normen, II, S. 626; dagegen Kohler a. a. O. S. 143.

[5]) Binding, Grundriß, S. 160.

[6]) S. Oetker, GS. 89, S. 193; Binding, Grundriß, S. 160.

4. Nach Beginn der Ausführung kann jeder Teilnehmer einschließlich des Mittäters dadurch zurücktreten, daß er allein oder zusammen mit den Genossen die weitere Ausführung oder den Erfolgseintritt vor Entdeckung verhindert. Hierher gehört insbesondere die Veranlassung des Täters zur Erfolgsabwendung. Eine andere Rücktrittsmöglichkeit besteht darin, daß sich der Teilnehmer von den Mitbeteiligten lossagt und weiterhin die von ihm für die beabsichtigte Tat geleisteten Beiträge annulliert. Das kann schon dadurch geschehen, daß er einfach jede fernere Tätigkeit unterläßt, falls sein bisheriger Beitrag für die Tat bedeutungslos ist. Es schadet ihm unter diesen Umständen nicht, wenn der Täter trotz des Rücktritts die Tat vollendet [7]).

§ 8. Einheit und Mehrheit von Teilnahmehandlungen. Teilnahme an der Teilnahme.

1. Die Beteiligung einer Person an demselben Delikt kann in der Weise erfolgen, daß sie in verschiedener Rolle auftritt, Täter und Mittäter können sich zugleich als Gehilfe und Anstifter betätigen, der Anstifter als Gehilfe und umgekehrt. Strafrechtlich kommt dabei nur die schwerste Tat in Betracht, ohne daß man genötigt wäre, dieses Resultat einfach mit der akzessorischen Natur der Teilnahme zu begründen. Daß ein Alleintäter nicht gleichzeitig wegen Teilnahme am eigenen Verbrechen bestraft werden kann, ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Wortlaut des Gesetzes in den §§ 48 und 49 StGB. Daß ein Mittäter nicht schlechter behandelt werden soll als der Täter und darum als Anstifter und Gehilfe des andern Teils außer Betracht bleibt, darf als gesetzlicher Wille angenommen werden, zumal ein Mittäter stets auch Gehilfe des anderen ist, da Täterwille den Gehilfenwillen in sich schließt. Sinngemäße Gesetzesauslegung ergibt, daß der in der Bestrafung sowieso schon dem Täter gleichgestellte Anstifter nicht noch in besonderer Weise soll benachteiligt werden dadurch, daß er zugleich als Gehilfe haftet. Es mag auch bei der Anstiftung darauf hingewiesen werden, daß sie zumeist wegen der Förderung der verbrecherischen Energie des Täters eine psychische Unterstützung enthält; bereits damit hat das Gesetz zu erkennen gegeben, daß Bei-

[7]) Vgl. hierzu Frank, § 46, V und § 47, V.

hilfe neben Anstiftung nicht besonders zu werten ist. Die Annahme der Subsidiarität der minder schweren Beteiligungsform ist daher wohl begründet [1]). Wenn die Beteiligung einer Person an einem Delikt in verschiedenartiger Form nur eine strafbare Handlung ergibt, so kann erst recht nur eine strafbare Teilnahme vorliegen, wenn jemand mehrere gleichartige Teilnahmehandlungen, etwa mehrfache Hilfeleistungen, mit Bezug auf dieselbe Haupttat begeht.

2. Verschieden wird der Fall der Teilnahme einer Person an mehreren Verbrechen durch eine natürliche Handlung beurteilt, z. B. Anstiftung mehrerer Personen in einem Akt zu mehreren Diebstählen. Aus der Akzessorietät ergäbe sich, daß sich die Teilnahme nach den Haupttaten zu richten hat. Konkurrieren diese realiter, so läge auch juristisch Realkonkurrenz von Teilnahmehandlungen vor [2]). Das Resultat dürfte stimmen. Im Gegensatz zu sonstigen Delikten läßt das Gesetz bei Anstiftung und Beihilfe durchblicken, daß es sich um die bloße Tätigkeit der Teilnehmer nicht kümmert, ihr nur vorbereitenden Charakter beilegt. Isoliert betrachtet ist sie ohne strafrechtliche Bedeutung. Daher dürfte auch nicht anzunehmen sein, daß diese Betätigungen insofern Bedeutung erhalten, als sie den Ausschluß von Realkonkurrenz bewirken. Maßgebend sind daher die Haupthandlungen.

3. In einverständlichem Zusammenwirken von mehreren gemeinschaftlich bewirkte Anstiftung oder Beihilfe (sog. Anstiftung und Beihilfe in Mittäterschaft) sind für jeden Mitwirkenden als solche strafbar. Das ergibt sich aus dem richtig erfaßten Begriff der Handlung, wonach nicht jeder Beteiligte selber die seinem Willen entsprechende Tätigkeit vorzunehmen braucht, sondern das durch andere besorgen lassen kann, die damit zugleich ihren eigenen Willen ausführen. Ob darin echte Mittäterschaft im Sinne des § 47 zu finden ist [3]), kann dahingestellt sein, jedenfalls bedarf es der wegen § 2 StGB. höchst zweifelhaften Analogie des § 47 nicht.

---

[1]) S. Allfeld, S. 210; ER. 33, 401; 36, 25; 53, 189.

[2]) So ER. 3, 145; 5, 227; 11, 37; Birkmeyer, Teilnahme, 1890, S. 181; vgl. auch Hergt, S. 178.

[3]) So z. B. Frank, § 47, VI; vgl. auch LpzK. § 48, 2 A e.

4. Die Ansichten über Behandlung der Teilnahme an einer Teilnahmehandlung, z. B. Anstiftung zur Anstiftung, Beihilfe zu Anstiftung gehen auseinander. Teils findet sich die Auffassung, es handle sich eben nur um Teilnahme an der Teilnahme [4]), teils die Meinung, es liege mittelbare Teilnahme an der Haupttat [5]) vor. Zutreffend ist, daß sowohl an der Teilnahmehandlung eines anderen mitgewirkt wurde, als auch an der Haupttat, da der entferntere Teilnehmer, die Beziehung seines Tuns zu dieser kennend, durch Benützung des Näherstehenden an der Haupttat sich beteiligte. Unter diesen Umständen kann aber nur die dem Verbrechen näherliegende Mitwirkung an der Haupttat bestraft werden, bei Beihilfe zu Beihilfe ist also keine doppelte Strafreduktion [6]) zulässig. Ob Teilnahme an Teilnahme an sich strafbar wäre, ist damit ohne Interesse.

§ 9. Zeit und Ort der Teilnahmehandlung.

1. Zeit und Ort einer Handlung sind in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung, so bei Wechsel der Gesetzgebung, bei Verjährung, bei Beantwortung der Frage, ob ein Delikt im Ausland verübt ist, und anderem mehr.

2. Wann und wo ein Verbrechen begangen ist, ist an sich schon streitig. Tätigkeits-, Erfolgs- und gemischte Theorie geben verschiedene Lösungen. Bei Beihilfe und Anstiftung kompliziert sich das Problem dadurch noch mehr, daß als weitere Möglichkeit Zeit und Ort der Haupthandlung hinzukommt. In der Teilnahmelehre ist nur die Frage zu beantworten, ob für Zeit und Ort die Teilnahmehandlung oder die Haupttat entscheidend ist, aber nicht, welcher der verschiedenen Theorien über Zeit und Ort der Vorzug gebührt.

3. Der Mittäter handelt rechtlich jeweils auch am gleichen Ort und zu der gleichen Zeit wie sein Genosse; denn was der eine Teil tut, gilt ja auch als Tätigkeit des anderen [1]). Bei Anstiftung und

---

[4]) Frank, § 48, II, 49, I.

[5]) Binding, Grundriß, S. 163, Normen, II, S. 903 ff.; Allfeld, Lehrbuch, S. 210; v. Liszt, S. 331; Rixius, S. 64.

[6]) A. M. Frank, § 49, III, 2.

[1]) A. M. Allfeld, S. 211; Frank, § 3, IV, 8.

Beihilfe richten sich Ort und Zeit nach der Haupttat, da in ihr der Schwerpunkt des Verbrechens liegt. Wenn das Gesetz die Teilnahmehandlung erst mit der Haupttat strafbar werden läßt, so sieht es die Teilnahme offenbar auch erst mit der Haupttat begangen an. Bemißt sich demnach die Zeit der Teilnahme nach der Haupttat, so muß für den Ort der Teilnahme dasselbe gelten, da anzunehmen ist, daß das Gesetz beides einheitlich behandelt wissen will. Das Prinzip der Akzessorietät gilt damit auch bezüglich des Ortes und der Zeit der Tat[2]).

[2]) Birkmeyer, Teilnahme, 1890, S. 171, 175; ER. 11, 20; 19, 147; 25, 424; a. M. z. B. Frank, § 3, IV, 3; Allfeld, Lehrbuch, S. 211.

II. TEIL.

Die Teilnahme nach den neuen deutschen Entwürfen.

Die schon lange vor dem Weltkriege begonnenen Reformarbeiten wurden nach dessen Ende tatkräftig fortgesetzt. Es kamen der im Jahre 1921 veröffentlichte Entwurf von 1919, der Amtliche Entwurf von 1925 und der Entwurf von 1927, die Reichstagsvorlage, zustande.

§ 10. Der Entwurf von 1919.

I.

Der Entwurf enthält im Gegensatz zum geltenden Recht drei Täterdefinitionen: den Täter[1]), den mittelbaren Täter und den Mittäter. Trotzdem dürfte keine brauchbare Täterdefinition vorhanden sein, da auch mittelbarer Täter und Mittäter Täter sind[2]). Jedenfalls birgt die Methode des Entwurfs die schwere Gefahr in sich, daß zwischen den verschiedenen Begriffen Lücken bestehen mit der Folge, daß Fälle strafwerten Verhaltens ungesühnt bleiben müssen[3]). Das Wesen der Täterschaft in Selbstbegehung finden zu wollen, wie es in § 26 Abs. 1 geschieht, ist unrichtig, da jeder Delinquent seine Tat selbst begeht[4]), aus der Gegenüberstellung zu den übrigen Formen der Täterschaft ergibt sich denn auch, daß unter Täter der eigenhändige Alleintäter zu verstehen ist.

Dem unfruchtbaren, überflüssigen Streit, ob der Mittäter Teilnehmer oder Täter ist, dürfte nunmehr der Boden zugunsten der Täterschaft entzogen sein, da der Mittäter unter dem Abschnitt

---

[1]) Nach Kern, GS. 92, S. 141, ist gesetzliche Festlegung des Täterbegriffs überflüssig.

[2]) Bindings diesbezügliche den Entwurf 1913 betreffende Ausführungen (Abhandlungen, S. 393) gelten auch für E. 19.

[3]) S. v. Hippel, ZStW. 42, 536.

[4]) Siehe Beling, Methodik, S. 163 f.

„Täter und Teilnehmer" genannt ist, ohne daß dadurch eine sachliche Änderung getroffen wäre. Ebenfalls um Täterschaft handelt es beim fahrlässigen Zusammenwirken in § 31.

II.

Die Abgrenzung der Teilnahme gegenüber der Täterschaft unterliegt ähnlichen Zweifeln wie im geltenden Recht. Der Bereich der Teilnahme hat nämlich trotz Anführung der verschiedenen Täterformen keine schärfere Umgrenzung als bisher erfahren; denn der Gegensatz von Täterschaft zur Teilnahme wurde nicht hervorgehoben [5]).

1. Man ist daher nicht erstaunt, wenn sich wieder objektive [6]) und subjektive [7]) Theorien gegenüberstehen. Die objektive Theorie wird aus § 27 Abs. 1 und § 29 herausgelesen. Vom Mittäter wird nämlich eine „gemeinsame Verwirklichung" und vom Gehilfen ein „Hilfeleisten" verlangt. Damit seien objektive Unterscheidungsmerkmale gegeben, auf der einen Seite sei eine Tatbestandsverwirklichung, auf der andern nur Hilfeleisten dazu erforderlich [8]).

2. Ist schon nach geltendem Recht die Willensrichtung für die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme ausschlaggebend, so kann nach dem Entwurf noch viel weniger ein Bedenken hieran bestehen, nachdem von ihm das subjektive Moment in § 27 ganz besonders in den Vordergrund gerückt ist. Das Erfordernis gemeinschaftlicher Vorsatzverwirklichung steht dem nicht entgegen, denn es besagt nur, daß der Vorsatz, einen Verbrechensplan auszuführen, irgendwie in der Außenwelt hervorgetreten sein muß. § 29 führt zu keinem anderen Ergebnis, da dort ja nicht das Geringste über die Art der Gehilfentätigkeit ausgesagt ist. Es darf daher angenommen werden, daß wie bisher eigenhändiges Handeln nicht erforderlich ist [9]). Die äußere Tätigkeit kann allerdings — wie die Denkschrift bemerkt — in einer Ausführung, Unterstützung oder Vorbereitung bestehen, indes ist das alles nicht unbedingt notwendig. Es bildet

---

[5]) Lenz, S. 68.

[6]) v. Hippel a. a. O. S. 535; Beling, Methodik, S. 173; Mezger, in Deutsche Strafrechtszeitung 1921, S. 207.

[7]) S. die Denkschrift; Ebermayer in JW. 1921, S. 367.

[8]) Beling, Methodik, S. 173.

[9]) A. A. z. B. Oetker, GS. 89, S. 191.

daher lediglich der animus adjutoris und auctoris das Unterscheidungsmerkmal zwischen Beihilfe und Mittäterschaft.

Die nach geltendem Recht mögliche fahrlässige Mittäterschaft ist dem Entwurf unbekannt. Sie hat in § 31 als mehrfache Alleintäterschaft eine besondere Regelung erhalten.

3. Die an die Mittäterschaft geknüpfte Strafdrohung entspricht der des Strafgesetzbuches.

III.

1. Bei der in § 28 Abs. 1, Satz 1 gegebenen Begriffsbestimmung der Anstiftung hat sich der Entwurf weithin wörtlich und vollkommen sachlich dem geltenden Recht angeschlossen, und damit dem Gebiet der Anstiftung denselben Umfang wie in § 48 StGB. gesichert, dabei ist ausdrücklich erwähnt, daß die Haupttat vorsätzlich begangen sein muß. Berechtigterweise hat der Entwurf auf Angabe von Anstiftungsmitteln verzichtet und damit alle Mittel zugelassen, dennoch ist wegen § 26 Abs. 1, Satz 2 Anstiftung zugunsten der mittelbaren Täterschaft ausgeschlossen, wenn der Anstifter solche Mittel gebraucht, von denen er weiß oder doch irrigerweise annimmt, daß sie Zurechnungsfähigkeit oder Vorsatz auf seiten des Angestifteten ausschließen.

2. Durch § 28 Abs. 1, Satz 2 hat die Anstiftung durch Hinzufügung von Fällen bisheriger mittelbarer Täterschaft und bisher nicht strafbarer Handlungen eine bedeutende Erweiterung erfahren. In allerdings sehr mißverständlicher Weise bestimmt nämlich der Entwurf, nachdem in § 28 Satz 1 gerade das Gegenteil behauptet ist, Anstiftung liege auch vor, wenn sich nachträglich ergibt, daß der Angestiftete in Wahrheit nicht vorsätzlich gehandelt hat oder nicht zurechnungsfähig war[10]). Gemeint ist, wenn sich Unzurechnungsfähigkeit und Fehlen des Vorsatzes nachträglich im Gegensatz zu der Vorstellung des Anstifters über diese Tatumstände ergeben, dann ist die Vorstellung des Anstifters, nicht die wahre Sachlage ausschlaggebend[11]). In § 28 Abs. 1, Satz 2 sollten die bisherigen

[10]) Über das Fehlerhafte einer solchen Definition vgl. Binding, Abhandlungen, S. 397. Seine Rüge betrifft zwar den E. 1913, aber trotzdem hat sich diesbezüglich in E. 19 nichts gebessert. Gleicherweise hält Beling, Methodik, S. 164, die Formulierungen des Entwurfs für böse Entgleisungen. Vgl. auch Lenz, S. 72; Rixius, S. 75.

[11]) Gerland, E. 19, spricht hier von Putativanstiftung, S. 32.

zweifelhaften Fälle des Irrtums seitens des Täters über Zurechnungsfähigkeit und Vorsatz des Angestifteten — der Täter hält sich also jeweils für einen mittelbaren Täter — normiert werden. Daraus ergibt sich, daß unter „nachträglich" zu verstehen ist: nach Abschluß der Betätigung des Anstifters.

Der Unterschied der Anstiftung gegenüber der mittelbaren Täterschaft kann mit Beling[12]) dahin formuliert werden: „Mittelbarer Täter ist, wer richtig oder falsch den anderen für nicht zurechnungsfähig oder nicht in dolo befindlich ansieht; Anstifter, wer den anderen richtig oder falsch für zurechnungsfähig in dolo befindlich ansieht[13])." Es ist also Anstiftung zu fahrlässiger und zu schuldloser Tat möglich, falls sich der psychische Urheber über diese Umstände getäuscht hat. Daher gibt es nunmehr eine einseitige Teilnahme ohne Täterschaft[14]). Damit, daß der Angestiftete nicht schuldhaft zu handeln braucht, ist anstelle der extrem akzessorischen Form der Teilnahme die limitiert akzessorische getreten. Darin eine gänzliche Aufgabe der Akzessorietät[15]) zu finden, geht zu weit. Ist beim Ausführenden darüber hinaus die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen, so ist gerade so wenig wie Anstiftung mittelbare Täterschaft möglich, da letztere fehlerhafterweise entsprechend der Anstiftung auch akzessorisch gestaltet ist[16]), denn der Ausführende muß nach § 26 Abs. 2 eine „Straftat" begangen haben, bei der eben nur Vorsatz und Zurechnungsfähigkeit fehlen können[17]). Die Folge davon ist, daß nicht alle als Täterschaft zu wertenden Handlungen zur Rechenschaft gezogen werden können.

3. Eine Einengung hat der Bereich der Anstiftung durch mittelbare Täterschaft für alle diejenigen erfahren, die Anstiftung für

---

[12]) Methodik, S. 165.

[13]) Der Standpunkt des Entwurfs, den Unterschied zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft lediglich in der Vorstellung des Handelnden zu finden, hat nicht allgemeine Anerkennung gefunden. Mezger a. a. O. S. 207, sieht hierin „praktisch bedeutungslose Spitzfindigkeiten".

[14]) S. Lenz, S. 67.

[15]) So die Denkschrift, S. 42; Ebermayer, JW. 1921, S. 368.

[16]) S. Beling, Methodik, S. 167.

[17]) Über die zu enge Fassung der mittelbaren Täterschaft vgl. Goldschmidt in JW. 1922, S. 257.

vorliegend erachteten[18]), wenn der Bestimmte im Gegensatz zur Vorstellung des Bestimmenden vorsätzlich handelte.

4. Die Abgrenzung von Mittäterschaft und Anstiftung gewinnt nur dann Interesse, wenn beide Teile vorsätzlich im Einverständnis miteinander handeln. Wie nach geltendem Recht ist Mittäterschaft ausgeschlossen, soweit Anstiftung vorliegt.

5. Obwohl Anstiftung zu fahrlässiger Tat möglich ist, ergeben sich keine Schwierigkeiten gegenüber der Nebentäterschaft. Weiß nämlich der Bestimmende, daß der andere nur fahrlässig handelt, so liegt mittelbare Täterschaft vor, weiß er es aber nicht, meint er also bei seinen Genossen liege Vorsatz vor, so ist Anstiftung gegeben. Nebentäterschaft scheidet also jeweils aus.

6. Gegenüber der psychischen Beihilfe verläuft die Abgrenzung wie bisher, allerdings mit der Maßgabe, daß sie auch praktisch wird, wenn der Teilnehmer an Vorhandensein der Schuld beim Ausführenden irrtümlich glaubt.

7. Wie im geltenden Recht sind auch in der Anstiftung des Entwurfs Fälle psychischer Urheberschaft und psychischer Beihilfe vermengt. Die Fälle letzterer Art waren nach Strafgesetzbuch straflos, wenn der Ausführende unzurechnungsfähig oder ohne Vorsatz war oder wenn der Bestimmende sich über diese Umstände täuschte. Die Einschränkung der Akzessorietät hat hierin Wandel geschaffen. Wenn es aber auch durchaus gerechtfertigt ist, diese Fälle unter Strafe zu ziehen, so wird man es doch für einen Fehlgriff vom Entwurf halten müssen, wenn er die an sich schon überflüssige, aus dem Gesetz zu entfernende Form der Anstiftung dadurch auszeichnete, daß er ihr Gebiet vergrößerte.

8. Die Theorie von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch Anstiftung, überhaupt die Beiziehung der Teilnahmevorschriften zwecks Feststellung des Begriffs des Kausalzusammenhangs, dürfte im Entwurf 1919 und in weiterem Maße noch in den folgenden Entwürfen unmöglich sein. Wenn nämlich sogar Anstiftung Unzurechnungsfähiger und sonstiger Schuldloser möglich ist, so wird schwerlich jemand behaupten wollen, die Tat dieser Personen lasse es nicht zu, ursächliche Verbindung zwischen Anstiftungshandlung und Erfolg der Haupttat anzunehmen.

---

[18]) S. Frank, II, 2 vor § 47.

9. Der Anstifter wird gleich „einem“ Täter bestraft. Man will dadurch ausdrücken, daß bei Anstiftung zu fahrlässiger oder gar schuldloser Tat trotzdem den Anstifter die Vorsatzstrafe trifft. Er ist nach dem Gesetz zu bestrafen, das auf die Haupttat Anwendung fände, wenn diese auch subjektiv alle Verbrechensmerkmale aufweisen würde.

IV.

1. Bei der Beihilfe verfährt der Entwurf ähnlich wie bei der Anstiftung. Ausgangspunkt ist der Begriff des geltenden Rechts. Dem gedanklichen Inhalt nach stimmt § 49 StGB. mit § 29 Abs. 1, Satz 1, E. 19 genau überein. Beihilfe zu Übertretungen ist nach § 408 straflos. Eine bedeutsame Neuerung bringt § 29 Abs. 1, Satz 2 durch Ausdehnung des Bereichs der Beihilfe in entsprechender, allerdings noch weitergehender Weise wie bei der Anstiftung. Zunächst befaßt sich der Entwurf mit gewissen Irrtumsfällen. Leistete jemand einem unzurechnungsfähigen oder nicht vorsätzlich handelnden Täter Beihilfe in der irrigen Meinung, Vorsatz sei beim Täter vorhanden, so konnte er bisher nicht bestraft werden. Der Entwurf, der sich mit dem Vorliegen einer objektiv rechtswidrigen Haupttat begnügt und damit die Akzessorietät auch bei der Beihilfe einschränkt, vermag daher auch diese Fälle der Beihilfe zuzuweisen [19]). Merkwürdigerweise wird aber über die genannten Irrtumsfälle erheblich hinausgegangen. Auch wer vom fehlenden Vorsatz oder der Unzurechnungsfähigkeit des Ausführenden weiß, ist als Gehilfe verantwortlich.

2. Damit ist gegen den Entwurf der Vorwurf begründet, nicht erfaßt zu haben, daß der den wahren Sachverhalt kennende, aber trotzdem handelnde Gehilfe des § 29 Abs. 1, Satz 2 schlechterdings den Willen haben muß, die Tat durch einen anderen selbst zu begehen [20]). Es ist eine ebenso unnötige [21]), wie unzweckmäßige Maß-

---

[19]) Zutreffend nimmt Oetker (GS. 86, 206) an der unkorrekten Ausdrucksweise des Entwurfs in § 29 Abs. 1 Anstoß, weil durch Verwendung des Ausdrucks „Tatbestand“ zunächst der Eindruck erweckt ist, Beihilfe sei nur zu objektiv und subjektiv strafbarer Handlung möglich.

[20]) S. Lenz, S. 68; Oetker, GS. 89, S. 206; Gerland, E. 19, S. 31; a. M. die Denkschrift.

[21]) Lenz, S. 67.

nahme, diese Fälle nicht als mittelbare Täterschaft zu behandeln. Tatsächlich liegt Täterschuld wie Täterhandlung, begangen durch den Ausführenden als Werkzeug, vor.

3. Weil viele Fälle von Täterschaft zur Beihilfe gezogen sind, ist der Unterschied zwischen mittelbarem Täter und Gehilfen zweifelhaft geworden. Bei folgenden Kombinationen ist nämlich zugleich mittelbare Täterschaft wie Beihilfe möglich:

1. Beim Ausführenden fehlt es an Zurechnungsfähigkeit oder Vorsatz; der Mitwirkende weiß es.
2. Beim Ausführenden fehlt es an Vorsatz und Zurechnungsfähigkeit nicht, der Mitwirkende irrt sich darüber.

Im Fall 2 könnte der Mitwirkende Täter- und Gehilfenwillen haben, im Fall 1 aber nur Täterwillen. Anzunehmen ist, daß der Unterschied von mittelbarer Täterschaft in den angeführten Fällen jeweils der gleiche ist, es kann daher nicht schlechthin auf den Täter- oder Gehilfenwillen ankommen, zumal der Entwurf Fälle von mittelbarer Täterschaft kennt, in denen der mittelbare Täter mit Sicherheit keinen Täterwillen besitzt. Nach § 30 braucht der mittelbare Täter nicht Tätereigenschaft aufzuweisen. Der Nichtbeamte kann also mittelbarer Täter des echten Amtsdelikts sein. Wer aber in Kenntnis der nicht vorhandenen Täterqualifikation handelt, kann nur Gehilfenwillen haben[22]). Die von der Denkschrift[23]) gefundene Abgrenzung, wonach sich mittelbarer Täter und Gehilfe nach dem Willen unterscheiden, dürfte daher nicht das Richtige treffen.

4. Für den mittelbaren Täter verlangt § 26 Abs. 2 objektiv und subjektiv ein „Veranlassen"; darin ist enthalten, ohne daß an dieser Stelle auf den Begriff näher einzugehen wäre[24]), daß der mittelbare Täter durch sein Tun wissentlich für den Erfolg ursächlich werden muß. Ist in einer Mitwirkung, mag sie mit oder ohne Täterwillen erfolgt sein, eine Veranlassung nicht zu finden, so kommt Beihilfe in Betracht. Wenn der in § 29 Abs. 2, Satz 2 an letzter Stelle genannte Gehilfe Tatbeiträge ohne ursächliche Bedeutung leistet,

---

[22]) S. Nagler, S. 147.
[23]) S. 45.
[24]) S. hierüber unten § 11, III.

ist dies daher stets nur als Beihilfe strafbar. Hierher dürfte häufig das Wachestehen gehören. Ist eine Mitwirkung zwar Veranlassung, täuscht sich aber der Veranlassende über ihre kausale Bedeutung, jedoch nicht darüber, daß trotzdem eine Mitwirkung zum Verbrechen vorliegt, so kann es sich ebenfalls nur um Beihilfe handeln.

5. Wenn § 29 Gehilfen mit Täterwillen zuläßt, so ist damit jedenfalls ein gewichtiger Grund für Ablehnung der subjektiven Teilnahmetheorie geschaffen. Nichts läge näher, als aus dem unglückseligen Satz 2 des § 29 zu entnehmen, daß das Vorhandensein des animus auctoris oder adjutoris rechtlicher Bedeutung ermangeln soll. Aber wenn auch ein Teil der Gehilfen Täterwillen hat, so ist trotzdem mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 27 und den Standpunkt der Denkschrift, wonach der Tätervorsatz eben für den Mittäter kennzeichnend sein soll, im Verhältnis von Beihilfe zur Mittäterschaft der Wille das maßgebende Unterscheidungsmerkmal. Nur soweit die Frage praktische Bedeutung gewinnt, ob Beihilfe oder mittelbare Täterschaft vorliegt, spielt das Vorhandensein des Täterwillens eine untergeordnete Rolle.

6. Der Gehilfe wird nach § 29 Abs. 2 milder als der Täter bestraft. Daraus darf trotz der Unklarheit des Ausdrucks „der Täter" in § 29 Abs. 2 [25]) nicht geschlossen werden, daß bei vorsätzlicher Beihilfe zu fahrlässigem Delikt beim Gehilfen die auf das fahrlässige Delikt angedrohte Strafe zu mildern ist, sondern das vorsätzliche ist maßgebend. Denn wenn bei einem Delikt Fahrlässigkeit nicht unter Strafe gestellt ist, ist die Gehilfenstrafe jedenfalls nach dem vorsätzlichen zu berechnen, ist aber ein Verbrechen oder Vergehen so schwer, daß auch Fahrlässigkeit bestraft wird, so kann das doch für den Gehilfen keine Begünstigung bedeuten [26]).

---

[25]) S. Gerland, E. 19, S. 33 f. Richtigerweise müßte es „ein Täter" wie in § 28 Abs. 2 heißen.

[26]) Im Gegensatz zum geltenden Recht sind in E. 19 die angestellten Erwägungen deswegen am Platze, weil er keinen Zweifel über die Möglichkeit der Teilnahme am Fahrlässigkeitsdelikt übrig läßt, während nach StGB. die Verneinung derartiger Teilnahme geboten erschien. S. oben § 3, II, 1.

V.

1. Daß die Akzessorietät der Anstiftung und Beihilfe nur eingeschränkt wurde, dergestalt, daß eine objektiv rechtswidrige Haupttat genügend ist, wurde zum Teil an anderer Stelle schon erwähnt[27]), ebenso daß auch die mittelbare Täterschaft akzessorischen[27]) Charakter erhielt. Aus den §§ 26 Abs. 2, 28 und 29 ist das ohne weiteres ersichtlich. Die Mittäterschaft ist keinesfalls in diesem Sinn akzessorisch: Jeder Mittäter muß vorsätzlich handeln.

2. Die Bestimmungen über persönliche Eigenschaften und Verhältnisse und damit die Teilnahme am Sonderdelikt sind im großen ganzen vom geltenden Recht beeinflußt, obwohl starke Abweichungen festzustellen sind. Wenn im Unterschied zu § 50 StGB. in § 30 E. 19 statt von „persönlichen" von „besonderen" Eigenschaften und Verhältnissen die Rede ist, so ist hierdurch nur eine Änderung im Wortlaut erfolgt[28])[29]); denn die persönlichen Eigenschaften sollen den Gegensatz zu den jedermann zustehenden hervorheben. Persönliche und damit zugleich besondere Eigenschaften sind solche, die jemanden vor anderen Personen auszeichnen. Daß daher mit der Fassung des Entwurfs die Streitfragen des geltenden Rechts behoben wären, könnte nur ein optimistisch eingestellter Beurteiler glauben.

3. Die bisherige Meinungsverschiedenheit, ob Teilnahme des Extranen am Sonderdelikt möglich ist, ist durch § 30 Abs. 1 in bejahendem Sinne entschieden; trotzdem bleibt die Teilnahme am Militärdelikt aus denselben Gründen wie bisher zweifelhaft[30]).

4. Das für den Anstifter und Gehilfen geltende Prinzip, daß sie die Sonderumstände nicht aufzuweisen brauchen, dehnt der Entwurf auf den mittelbaren Täter aus, verkennend, daß mittelbare Täterschaft echte Täterschaft ist[31]). Das bedeutet für das Sonderdelikt, daß ein Nichtbeamter nicht nur Anstifter und Gehilfe, sondern auch

---

[27]) S. o. III.

[28]) Nach der Denkschrift ist Zweck dieser Ausdrucksweise, die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts zu sichern.

[29]) S. Binding, Grundriß, S. 174, wonach das Merkmal des „Besonderen" auch im geltenden Recht vorliegen muß.

[30]) S. Gerland, E. 19, S. 35.

[31]) Wachenfeld in RuWPhil. Bd. 15, S. 87.

mittelbarer Täter des echten Amtsdelikts sein kann; gemäß § 26 Abs. 2 ist nicht einmal nötig, daß die Strafbarkeit des ausführenden Beamten wegen Fehlens der Schuld ausgeschlossen ist. Daß es ein Unding ist, jemand als mittelbaren Täter zu bestrafen, der unmittelbarer Täter unter keinen Umständen sein kann, braucht nicht weiter dargelegt zu werden [32]). Ein solcher Täter kann nicht einmal Täterwillen besitzen. Allerdings kann er durchaus vom Willen beseelt sein, die Tat zu verursachen, aber nicht sie zu begehen [33]).

5. Da die wissentliche Deliktsverursachung durch einen Extranen richtigerweise nur der Gehilfenschaft eingeordnet werden kann, tritt neben die Mischform der Anstiftung die der mittelbaren Täterschaft, die Fälle von Täterschaft und psychischer Beihilfe [34]) in sich schließt, gedenkt man noch des Gehilfen mit Täterwillen, so können in den Leistungen des Entwurfs gewiß keine großen Fortschritte entdeckt werden [35]).

6. Es erscheint schon nach geltendem Recht als Härte, Personen, denen die Sonderpflichten nicht obliegen, trotzdem wie Täter zu bestrafen. Nachdem der Entwurf diese Personen unverständlicherweise nicht jeweils als Gehilfen ansieht, mußte er doch wenigstens insofern Gehilfengrundsätze auf sie anwenden, als er für sie Strafmilderung, wenn auch nur in fakultativer Form vorsah. Betroffen wird der Anstifter und mittelbare Täter. Keiner dieser beiden Verbrechenssubjekte unterliegt also einheitlicher Strafdrohung, eine Folge davon, daß in einem Begriff nicht Zusammengehöriges vermengt wurde.

7. Bezüglich der Strafschärfung und -milderung steht der Entwurf nach § 30 Abs. 2 auf dem Boden des Strafgesetzbuchs. Um jede Unklarheit zu vermeiden, wird ausdrücklich erwähnt, daß die besonderen, die Strafe ausschließenden Eigenschaften und Verhält-

---

[32]) Vgl. die Kritik Gerlands, E. 19, S. 36, ferner Goldschmidt in JW. 1922, S. 257.

[33]) Vgl. z. B. Wegner, S. 115. Siehe ferner Binding, GS. 71, S. 17.

[34]) Vgl. hierzu Gerland, E. 19, S. 36; Wachenfeld a. a. O. S. 87.

[35]) Das Urteil Belings (Methodik, S. 163) möchte man unter diesen Umständen für mild halten, der Entwurf zeige ein merkwürdiges Durcheinander der Begriffe, die in den verschiedensten Beziehungen ineinander verschwimmen und logisch miteinander auf Kriegsfuß stehen.

nisse — es handelt sich um die persönlichen Strafausschließungsgründe[36]) — wie bisher auch nur der privilegierten Person zugute kommen. Für Strafaufhebungsgründe gilt ihrer Natur nach dasselbe[37]).

8. Wegen nicht vorhandener Akzessorietät liegt keine Teilnahme vor, wenn die Eigenschaften des § 30 nicht beim unmittelbar Handelnden, wohl aber beim Hintermann vorhanden sind, z. B. ein Beamter veranlaßt die Ausführung eines echten Amtsdelikts durch einen Nichtbeamten. Es handelt sich vor allem um die Fälle des eigenschaftslosen Werkzeugs; das absichtslose Werkzeug ist im Entwurf zurückgedrängt durch Erweiterung der in Betracht kommenden Absichtstatbestände[38]). Der Täterqualität besitzende Teilnehmer, also der Beamte, kann im Gegensatz zum heutigen Rechtszustand nicht wegen mittelbarer Täterschaft, noch der ausführende Nichtbeamte wegen Beihilfe hieran verantwortlich gemacht werden. § 26 Abs. 1 ist ganz undiskutabel. Die Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 sind nicht vorhanden, denn der Ausführende müßte nach § 26 Abs. 2 eine tatbestandsmäßige rechtswidrige Handlung realisieren[39]). Das hat er nicht getan, weil ihm die erforderlichen Eigenschaften abgingen, für die beim Ausführenden, anders als beim mittelbaren Täter, ein Ersetzen in § 30 nicht vorgesehen ist[40]). Eben deswegen kann er auch nicht Angestifteter nach § 28 sein. Weil er also keinen objektiv rechtswidrigen gesetzlichen Tatbestand realisiert, ist jedwede Teilnahme oder mittelbare Täterschaft an solcher Tat unmöglich[41]). Selbst wenn der Ausführende irrtümlich für ein mit Sonder-

---

[36]) Kern, GS. 92, S. 163; seine den E. 25 betreffenden Ausführungen gelten auch hier, da E. 19 in diesem Punkt mit E. 25 übereinstimmt.

[37]) S. Kern a. a. O., ferner Oetker, GS. 94, S. 25.

[38]) S. z. B. die §§ 359, 364, 369, 370.

[39]) Der von E. 19 begangene Fehler liegt darin, übersehen zu haben, daß es Aufgabe der mittelbaren Täterschaft ist, die mit der akzessorischen Gestaltung der Teilnahme verbundenen Lücken im Gesetz auszufüllen. Die mittelbare Täterschaft durfte daher ihrerseits niemals akzessorisch gestaltet werden. Die Schließung vorhandener Lücken mußte darum mißlingen.

[40]) S. Beling, Methodik, S. 167 f.; vgl. auch Kretschmann in ZStW. Bd. 43, S. 40; Rixius, S. 75.

[41]) Weil Zweifel bestehen, hält Gerland, E. 19, S. 34, eine besondere Bestimmung für wünschenswert.

eigenschaft ausgerüstetes, nicht vorsätzlich handelndes Werkzeug gehalten worden wäre, könnte § 26 nicht angewandt werden, denn nach § 26 Abs. 2, Satz 2 schließt nur der Irrtum über Vorsatz und Zurechnungsfähigkeit des anderen die mittelbare Täterschaft nicht aus, wohl aber der über den objektiven Umstand der Sondereigenschaft[42]). Dagegen käme in diesem Fall Versuch in Betracht.

VI.

1. Da der Grundsatz der Akzessorietät nicht aufgegeben ist, ist Teilnahmeversuch kein Delikt[43]).

2. Hat aber der Täter einen strafbaren Versuch begangen, so steht auch einer Bestrafung des Teilnehmers nichts im Wege. Dabei ist zu beachten, daß die Fälle strafbarer Teilnahme schon deswegen viel zahlreicher sind als nach dem Strafgesetzbuch, weil die vom geltenden Recht — wenigstens richtiger Auffassung nach — abgelehnte subjektive Versuchstheorie zur Herrschaft gelangt ist. Dadurch wird auch die Teilnahme am Putativdelikt betroffen. Eine weitere Ausdehnung der Teilnahme am Versuch rührt davon her, daß in den §§ 28 und 29 vom Erfordernis der Schuld beim unmittelbar Handelnden Abstand genommen ist. Objektiv ist bei ihm nur nötig, daß er nach § 23 irgendwelche Handlungen vornimmt, die den objektiven Deliktstatbestand nicht vollenden dürfen. Diese Handlungen müssen aber immerhin den Zweck haben, die Tat zur Ausführung zu bringen. Der Ausführende muß daher den natürlichen Willen besitzen, eine Tat zu vollbringen, die im Fall ihrer Vollendung den vollständigen Deliktstatbestand von Zurechnungsfähigkeit und Vorsatz abgesehen, realisieren würde. Für den Teilnehmer hieran gilt nichts besonderes, bei Anstiftung muß er glauben, der Angestiftete handle vorsätzlich, und wollen, daß die Tat durch ihn zur Vollendung gelange. Bei Beihilfe ist der Vorsatz erforderlich, daß der Täter wenigstens objektiv rechtswidrig die Tat vollende. Bei Beihilfe zu Versuch ist wegen § 112 nur einmalige Strafreduktion zulässig.

---

[42]) A. M. Gerland, E. 19, S. 34.

[43]) Versuchte Teilnahme ist als delictum sui generis strafbar z. B. in den §§ 165, 173 Abs. 2, 182, 222, 231, 307.

VII.

1. Daß auch der Teilnehmer vom Versuch zurücktreten kann, ergibt sich, und zwar anders als im geltenden Recht, mit Sicherheit daraus, daß nach § 25 straflos ist, „wer" zurücktritt. Es wird nicht mehr vom Rücktritt des Täters gesprochen. Weiterhin geht aus dieser Fassung des § 25 hervor, daß der Rücktritt nur persönlich wirkt[44]).

2. Wie der Rücktritt zu erfolgen hat, bemißt sich zumeist wie nach geltendem Recht, so beim Rücktritt von Anstifter und Mitkomplottant vor Ausführung, beim Rücktritt durch freiwillige Erfolgsabwendung, bei Ausführungsverhinderung und Rückgängigmachung gesetzter Bedingungen. Erfolgsabwendung ist unmöglich, wenn es undenkbar ist, wie bei den Putativdelikten, daß sich der Versuch zur Vollendung auswächst. Rücktritt bei beendetem Versuch nach geltendem Recht ist darum nicht möglich[45]), wohl aber nach dem Entwurf, und zwar ist hier genügend ernstliches Bemühen um Erfolgsabwendung. In dieser Weise können Täter wie Teilnehmer zurücktreten. Mit Recht macht Schoetensack[46]) darauf aufmerksam, daß hier nur ein eingebildeter Rücktritt vorliegt, zu dessen Anerkennung der Entwurf durch falsche Behandlung der Putativdelikte veranlaßt wurde. Ein Rücktritt vom untauglichen Versuch ist nämlich unmöglich[47]).

VIII.

Der nach Strafgesetzbuch strittige und häufig zu Straflosigkeit führende Irrtum des Beteiligten über Zurechnungsfähigkeit und Vorsatz des die Tat Ausführenden ist vom Entwurf ausdrücklich in den §§ 26, 28, 29 geregelt[48]). Im übrigen sind Abweichungen zwischen Tat und Vorstellung des Teilnehmers hierüber wie nach geltendem Recht zu behandeln, so etwa wenn der Täter etwas ganz anderes ausführt oder einen Exzeß begeht mit der Maßgabe, daß bei Erfolgshaftung auch der Teilnehmer, der dem Sinn der Bestim-

---

[44]) S. die Denkschrift, S. 40.

[45]) S. z. B. Allfeld, Lehrbuch, S. 200.

[46]) GS. 91, S. 399. Die den E. 25 betreffenden Ausführungen Schoetensacks sind gleicherweise für E. 19 zutreffend.

[47]) Schoetensack, Verbrechensversuch, in Frank-Festg. II, S. 67, Anm. 1.

[48]) S. hierüber oben III und IV.

mung des § 17 entsprechend ebensowenig wie der Täter für bloßen Zufall verantwortlich sein soll, die Möglichkeit haben mußte, die schwere Folge vorauszusehen, sonst ist er nicht haftbar[49]).

IX.

Wie nach geltendem Recht ist die Teilnahme an der Teilnahme zu behandeln. Zweifelhaft erscheint es, ob auch bei Vorliegen mehrerer rechtlich selbständiger Haupttaten, aber nur einer Teilnahmehandlung hieran wie seither Realkonkurrenz angenommen werden darf, da die Verbindung von Teilnahme und Haupttat eine Lockerung erfahren hat. Da diese Lockerung indes sich nur darauf beschränkt, daß Schuld des Haupttäters nicht mehr unter allen Umständen nötig ist, ist die gleiche Stellungnahme wie nach Reichsstrafrecht gerechtfertigt[50]).

X.

Ob sich Zeit und Ort der Teilnahmehandlung auch nach dem Entwurf nach Zeit und Ort der Haupttat richten, ist aus zwei Gründen bedenklich geworden. Einmal wurde die Akzessorietät der Teilnahme eingeschränkt[51]), sodann enthält § 8 eine besondere Vorschrift über Ort und Zeit der Tat, ohne der Teilnahmehandlung indes Erwähnung zu tun[52]). Wegen des auch im Entwurf vorhandenen Übergewichts der Haupttat dürfte § 8 nicht auf die Handlung des Teilnehmers anwendbar sein, gerade so wenig, wie es auch § 32 in dem diesbezüglich gleichgelagerten Fall der Teilnahmekonkurrenz ist. Die Besonderheit des Falles untersagt also eine schematische Übertragung des § 8 auf den Teilnehmer. Hinsichtlich des Mittäters ist es ganz beim alten geblieben, maßgebend für ihn ist seine eigene Tat und die der für ihn handelnden Genossen.

---

[49]) Für solchen Erfolg wird z. B. gehaftet nach §§ 188, 209, 264, 294, 296, 303, 322, 369.

[50]) § 32 spricht so wenig wie § 73 StGB. dagegen. Erinnert sei auch daran, daß im geltenden Recht trotz § 4 JGG. bei Anstiftung eines Jugendlichen zu mehreren Delikten gegen Realkonkurrenz nichts eingewandt wird.

[51]) Unter IX wurde ausgeführt, daß dieser Grund nicht durchschlagend ist.

[52]) Die Verwendung des Ausdrucks „Täter" in § 8 ergibt nicht schon den Ausschluß des Teilnehmers. Denn der technische Sprachgebrauch ist vom Entwurf offensichtlich auch sonst nicht eingehalten. Siehe z. B. §§ 12, 85, 87, 106, 109.

§ 11. Der Entwurf von 1925.

I.

Der Entwurf von 1919 arbeitete mit fünf Formen des verbrecherischen Subjekts: dem Täter, dem mittelbaren Täter, Mittäter, Anstifter und Gehilfen. Das mußte zu einer komplizierten Gestaltung der Teilnahmelehre führen. Der Entwurf 1925 ist dem gegenüber anerkennenswerterweise um möglichste Vereinfachung bemüht, allerdings fragt es sich, ob er darin nicht zu weit gegangen ist. Als Subjekte des Verbrechens führt er nur Anstifter und Gehilfen an. Verschwunden ist auch das fahrlässige Zusammenwirken mehrerer des § 31 E. 19. Nicht ausdrücklich ist der Täter genannt. Daß aber die Ausführung des objektiven und subjektiven Tatbestands einer strafbaren Handlung Täterschaft begründet, ist selbstverständlich und läßt sich überdies den §§ 25 und 26, die von Teilnahme an der Täterhandlung sprechen, entnehmen. Wie es mit der Mittäterschaft steht, ist streitig.

II.

1. Daß der Entwurf keine Mittäterschaft mehr kennt, wird einmal aus dessen Schweigen geschlossen [1]). Sodann wird darauf hingewiesen, daß Mittäterschaft überhaupt unter § 26 zu subsumieren sei, und daher unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe strafbar sei [2]). Es ist nicht zu leugnen, daß, wenn vielleicht auch nicht immer, so doch meistens die Handlung eines Mittäters eine Erleichterung für den andern bedeutet [3]). Sämtlichen an einer Tat Beteiligten nur Gehilfeneigenschaft zuzuerkennen, ist indes unmöglich, da auch die Beihilfe einen Haupttäter erfordert, sie ist davon abhängig, daß mindestens der objektive Tatbestand einer strafbaren Haupttat durch einen andern verwirklicht wird, auf diese ist sie bezogen. Die Struktur der Beihilfe läßt es daher nicht angezeigt erscheinen, eine Tat als nur von Gehilfen begangen anzusehen. Es ist weiterhin überhaupt nicht zulässig, schon daraus, daß auf ein Verhalten der Wortlaut des § 26 paßt, zu schließen, es liege strafbare Beihilfe vor, denn Beihilfe ist stets subsidiär der Täterschaft, in erster Linie ist

[1]) Siehe v. Lilienthal in Aschaffenburgs Monatsschrift, Bd. 16, S. 121.
[2]) Siehe Gerland, E. 25, S. 55.
[3]) Vgl. Oetker, GS. 94, S. 2.

daher festzustellen, daß Täterschaft nicht in Betracht kommen kann. Daß sachlich betrachtet der Entwurf jedenfalls die Mittäterschaft kennt, steht außer Zweifel. Es ist nämlich selbstverständlich, daß, wenn von mehreren im Einverständnis handelnden Personen das Tun einer jeden den Erfolg verursacht, jeden Beteiligten die Täterhaftung trifft, solche Personen sind schlechterdings Mittäter.

2. Zweifelhaft kann nicht das Bestehen, sondern nur die Abgrenzung der Mittäterschaft[4]) gegen die Teilnahme sein.

a) Wenn aus den §§ 25, 26, 27 hervorgeht, daß Alleintäter ist, wer eine strafbare Handlung ausführt, so ist ganz entsprechend weiterhin der Schluß gerechtfertigt, daß zu Mittäterschaft das Ausführen einer strafbaren Handlung und zwar durch mehrere zusammen erforderlich ist. Unter Berufung auf § 26, der als Gehilfen bestraft, wer die Ausführung einer strafbaren Handlung erleichtert und damit eine objektive Fassung aufweist, wird meist im Anschluß an die Begründung die Ansicht vertreten, der Entwurf enthalte die objektive Theorie[5]), dabei denkt man vor allem an die formalobjektive Theorie[6]). Aus dem Wortlaut des § 26 indes, wonach der Gehilfe die „Ausführung" der strafbaren Handlung erleichtern muß, kann keineswegs entnommen werden, daß der Entwurf eine Scheidung von Ausführungshandlung im Sinn von Tatbestandshandlung und Nichttatbestandshandlung enthält. Gerade so wenig ist es möglich, in dem Text des Entwurfs die materiell objektive oder eine sonstige Teilnahmetheorie ausgedrückt zu finden[7]). Die Wendung „Erleichtern" besagt nichts, da sie nicht eine bestimmte Art der Betätigung[8]), sondern die Wirkung, den Erfolg der Betätigung[9]) bezeichnet: es muß eine Förderung des Haupttäters eingetreten sein. Dieser Erfolg, der zur Beihilfe gehört, ist sowohl mit objektiver wie subjektiver Theorie vereinbar, weshalb darauf eine Unterscheidung nicht aufgebaut werden kann.

---

[4]) Oetker, GS. 94, S. 14, bemerkt in einleuchtender Weise, daß der Verzicht auf Definition nicht den Wegfall der Mittäterschaft bedeute.

[5]) Kern, GS. 92, S. 127; Bumke in DJZ. 1925, S. 24; v. Hippel, ZStW. Bd. 47, S. 58.

[6]) S. die Begründung.

[7]) Gerland, E. 25, S. 56.

[8]) Dieser Ansicht ist die Begründung, S. 27.

[9]) Siehe Ludwig, in Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 223, S. 41.

b). Angesichts der negativen Stellungnahme des Entwurfs ließe sich daher trotz des § 26 sehr wohl die Ansicht vertreten, daß bei Vorhandensein des Täterwillens ein Genosse wie im geltenden Recht nach allgemeinen für den Begriff der Handlung geltenden Prinzipien [10]) durch den Mitgenossen handeln kann mit der Folge, daß diesem Willen gemäß beiden Beteiligten je die Tätigkeit des anderen zugerechnet wird. Es müßte daher das Vorliegen des Täterwillens bei mehreren zu Mittäterschaft führen, während bei Unterstützungswillen, der eine Zurechnung des vom andern Teil Getanen nicht zuläßt, Beihilfe in Betracht käme.

c) Obwohl demzufolge die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Beihilfe nach dem Willen nicht nur zulässig, sondern sogar als allein richtig erscheinen möchte, ist dennoch anzunehmen, daß für die Grenze zwischen Mittäterschaft und Beihilfe das psychische Moment des Willens nicht oder nicht an erster Stelle ausschlaggebend ist. Wie E. 19 kennt E. 25 Gehilfen, die Täterwillen haben. In E. 19 konnte trotzdem der subjektiven Theorie kein Eintrag getan werden [11]), in E. 25 bestehen aber die Gründe, die bei seinem Vorgänger für die subjektive Theorie ausschlaggebend waren, nicht mehr. An keiner Stelle enthält E. 25 subjektive Wendungen hinsichtlich des Täters oder Teilnehmers, § 26 sagt über den Gehilfenwillen nichts. Die Motive setzen sich für objektive Unterscheidungsmerkmale [12]) ein.

Mitwirkung mit Täterwillen liegt wie in E. 19 dann vor, wenn jemand einem nicht in dolo Versierenden oder Unzurechnungsfähigen trotz Kenntnis dieser Umstände hilft [13]) und ihm dadurch die Ausführung seiner Tat erleichtert. Ebenso liegt es, wenn ein Intraner sich in derselben Weise betätigt, um einen Sonderdeliktsunfähigen, der ihm als solcher bekannt ist, bei Ausführung des Sonderdelikts zu unterstützen. Hat der Gehilfe, wie § 26 verlangt, sich in so weitgehendem Maße an der Tat beteiligt, daß wie gewollt eine Erleichterung derselben stattgefunden hat, so kann ein solches Ver-

---

[10]) S. oben § 2, 4.

[11]) S. oben § 10, IV, 5.

[12]) S. die Begründung, S. 27.

[13]) S. Oetker, GS. 94, S. 20. Gleicher Ansicht Gerland, E. 25, S. 59, wenn er meint, daß Anstiftung und Beihilfe wegen Aufgeben der Akzessorietät Fälle der Täterschaft enthalten.

halten nur den Sinn haben, daß der Gehilfe die Tat als seine eigene will, indem er den Ausführenden als Werkzeug gebraucht. Der Unterstützungswille wäre bloß denkbar, wenn der Hintermann irrtümlich meint, der Ausführende habe die Sondereigenschaften, oder glaubt, es liege bei ihm Vorsatz vor. Nicht anzunehmen ist, daß der Entwurf nur diese Irrtumsfälle als Beihilfe angesehen wissen will. Gerade der Irrtum über die Schuld des anderen sollte nämlich in der Teilnahme seine Bedeutung verlieren[14]), auch der genannte Irrtum über die Sondereigenschaften sollte nicht mehr rechtserheblich sein, da es ja genügt, wenn die Sonderumstände beim Hintermann vorliegen. Wenn das objektive Vorliegen dieser Umstände gleichgültig ist, so spielt auch der sich auf sie beziehende vorhandene oder fehlende Vorsatz keine Rolle. Der Entwurf hat somit deutlich zum Ausdruck gebracht, daß er unbedenklich Fälle der Täterschaft und zwar mittelbarer Täterschaft als Beihilfe ansieht, ohne sich durch den animus auctoris abschrecken zu lassen. Das Wesen des Gehilfen wird nicht mehr im animus socii gesehen. E. 25 läßt im Gegensatz zu E. 19 nirgends erkennen, daß er in irgendwelchen Fällen dem Willen für die Unterscheidung, ob Täterschaft oder Teilnahme vorliegt, Bedeutung zuerkennt. Obgleich also unmittelbar aus den Vorschriften des E. 25 nur ersichtlich ist, daß der Wille bezüglich der Alternative Teilnahme oder mittelbare Täterschaft, welch letztere durch die Methode des E. 25 zurückgedrängt ist, unerheblich sein soll, darf die Bedeutungslosigkeit des Willens auch auf das Verhältnis von Teilnahme und Mittäterschaft ausgedehnt werden. Die Ausdehnung erscheint insbesondere deswegen gerechtfertigt, weil E. 25 die möglichen Arten der Täterschaft, wie mittelbare Täterschaft, Mittäterschaft nicht trennt, also von einer Täterschaft ausgeht. Es darf daher nicht angenommen werden, daß die den Gehilfen kennzeichnenden Unterscheidungsmerkmale den mehreren möglichen Täterschaftsformen gegenüber verschiedenartig sind, sondern daß die Kriterien von Beihilfe gegenüber Täterschaft einheitlicher Art sind. Damit muß aber der Wille des Gehilfen, weil er zum großen Teil Täterwille ist, ausscheiden. Der Ausschluß der subjektiven Theorie in E. 25 ergibt sich daher nicht aus § 26, sondern aus den §§ 27 und 28, weil hier eben bewußt

---

[14]) S. die Begründung, S. 20.

subjektive Momente in größtem Umfang bei der Teilnahme ausgeschaltet werden.

d) Kann der Unterschied von Mittäterschaft und Teilnahme nicht im Willen gefunden werden, so muß er in der äußeren Beteiligung liegen[15]). Weil aber im Entwurf von einer bestimmten objektiven Theorie nichts erkenntlich ist, darf auf die Begründung zurückgegangen werden, die sich für die formal-objektive Theorie ausspricht[16]). Für diese Theorie spricht auch der Zusammenhang mit dem Versuch, wo in § 23 vom Anfang der Ausführung im Sinn von Ausführungs- oder Tatbestandshandlung die Rede ist, wenngleich es dort genügt, daß der Täter irrig[17]) seine Handlung für eine Ausführungshandlung gehalten hat.

e) Angesichts des Fehlens einer besonderen Bestimmung ist es doch fraglich, ob die Vornahme einer Ausführungshandlung allein schon genügend ist, um eine Mittäterhaftung zu rechtfertigen. Obwohl man nach dem Entwurf trotz animus auctoris Gehilfe sein kann, ist nirgends ersichtlich, daß man auch Täter sein kann, wenn man nur den animus socii hat. Aus dem Wesen der Mittäterschaft muß entnommen werden, welche weiteren Erfordernisse nötig sind, wenn ein Genosse eigenhändig nur einen Teil der ganzen Tatbestandshandlung vorgenommen hat. Hier kommt es wie nach geltendem Recht darauf an, ob der eine Teil das zwar eigenhändig von ihm nicht begangene Stück der Handlung durch den anderen ausgeführt hat. Das hängt von dem Willen der Beteiligten ab, ob der eine durch den andern handeln wollte, ob demgemäß das Verbrechen arbeitsteilig begangen werden sollte. Der richtig verstandene Begriff der Handlung führt somit dazu, daß zu der nur teilweise ausgeführten Tatbestandshandlung noch der animus auctoris hinzu-

---

[15]) Ein Hauptbedenken, das im StGB. gegen die objektive Theorie sprach, fiel im Entwurf weg. Bei den Zweckdelikten wird nämlich die erforderliche Absicht nunmehr so weit gefaßt, daß sie bei allen wissentlich am Verbrechen Mitwirkenden vorliegt (vgl. hierzu oben § 2, 2).

[16]) Vgl. S. 25. Danach ist Täter, wer eine strafbare Handlung ausführt, d. h. „wer für den verpönten Erfolg in solcher Weise tätig wird, daß seine Handlung mit dem im Tatbestand gebrauchten Ausdruck bezeichnet werden kann". Ein ebensolches Ausführen verlangt die Begründung aber auch von ihrem Mittäter, nur daß die Ausführung gemeinschaftlich zu erfolgen hat.

[17]) Vgl. hierzu Schoetensack, GS. Bd. 91, S. 393.

treten muß. Sonst wäre mangels ausdrücklicher Norm eine Zurechnung der Handlung des einen Genossen für den anderen unmöglich, so daß nur Beihilfe in Erwägung kommen könnte.

f) Da es sich aber jedenfalls nicht von selber versteht, wie die Motive meinen[18]), daß ein Mittäter auch dann wegen vollendeter Tat strafbar ist, wenn der Erfolg nur durch die Handlungen des Genossen herbeigeführt worden ist, so ist eine besondere Bestimmung wünschenswert, und wäre es auch nur, um den Unterschied von Mittäterschaft und Beihilfe klarzustellen[19]).

3. Durch das Schweigen des Entwurfs über die Mittäterschaft sind jedenfalls Differenzen darüber, ob sie als Teilnahme oder Täterschaft zu gelten habe, im Sinne der letzteren beseitigt. Aus der Natur der Sache ergibt sich, daß der Mittäter in jeder Beziehung als echter Täter zu behandeln ist, es trifft ihn insbesondere Täterstrafe.

III.

1. Anstiftung ist nach E. 25 die vorsätzliche Veranlassung eines andern zur Ausführung einer strafbaren Handlung, die in einem Verbrechen, Vergehen oder einer Übertretung[20]) bestehen kann.

2. Wie bei mittelbarer Täterschaft in E. 19 muß bei der Anstiftungshandlung ein „Veranlassen" vorliegend sein. Was unter Veranlassen zu verstehen ist, ist streitig, darüber ist man sich aber einig, daß der Begriff nicht enger ist als der des Bestimmens im Strafgesetzbuch. Im Veranlassen ist jedenfalls enthalten, daß es auch das Bestimmen Unzurechnungsfähiger und nicht vorsätzlich Handelnder in sich schließt[21]), also die bisherigen Fälle mittelbarer Täterschaft. Man wird davon ausgehen dürfen, daß zum Veranlassen mindestens gehört, daß der Veranlassende durch sein Tun für die strafbare Handlung ursächlich wurde, und zwar ohne daß er selber das Delikt ausführte, da ja § 25 verlangt, daß der andere die Tat begeht. Daraus geht hervor, daß die Kausierung nur durch Einflußnahme auf die Psyche des Ausführenden erfolgen kann. Für die

---

[18]) Begründung, S. 25.

[19]) Ähnlich schon M. E. Mayer, Versuch und Teilnahme, S. 367 ff.; ders., Lehrbuch, S. 380 f.; Wegner, S. 104; Oetker, GS. 94, S. 2.

[20]) § 345 dehnt den nur für Verbrechen und Vergehen geltenden § 25 auch auf Übertretungen aus.

[21]) Noch weiterreichende Änderungen sind nach der Begründung nicht erfolgt.

Ausführung der strafbaren Handlung wird man aber auch in der genannten Weise etwa durch Anreizung kausal oder dadurch, daß man dem omnimodo facturus Gelegenheit zur Ausführung seiner Tat bietet[22]).

Der völlig unbestimmte Begriff Veranlassen[23]) bedeutet jedenfalls keine glückliche Errungenschaft des Entwurfs und kann gegenüber dem Strafgesetzbuch nur als Rückschritt angesehen werden[24]).

3. Der Unterschied gegenüber psychischer Beihilfe liegt darin, daß psychische Mitwirkung, die keine Veranlassung, wohl aber eine Erleichterung der Haupttat darstellt, Beihilfe begründet. Ebenso verhält es sich, wenn beim Hintermann ein Irrtum über die veranlassende Kraft seiner im übrigen dolosen Mitwirkung vorliegt.

4. Anstiftungsmittel fehlen in E. 25. Nach E. 25 sind im Unterschied von E. 19 selbst solche Mittel zulässig, von denen der Anstifter weiß, daß sie Zurechnungsfähigkeit oder Schuld auf seiten des Handelnden ausschließen. Wirkt aber ein Mittel, z. B. die vom Anstifter angewandte Gewalt, in so starkem Maße auf den Genötigten ein, daß auf dessen Seite keine eigene Willensbetätigung mehr vorliegt — eine Handlung im Rechtssinne, die § 25 ausdrücklich verlangt, ist bei ihm nicht vorhanden —, so scheidet Anstiftung aus.

5. Genügend ist es wie in E. 19, wenn der Angestiftete eine nur objektiv rechtswidrige strafbare Handlung vollbrachte, ohne daß es in Abänderung von E. 19 darauf ankäme, ob der Anstifter sich über Schuld und Zurechnungsfähigkeit des Angestifteten falsche Vorstellungen machte[25]).

---

[22]) S. Kern, GS. 92, S. 144; Wach, DJZ. 1925, S. 536; Ebermayer, DRZ. 1925, Sonderbeilage, Richtertag, S. 66.

[23]) Sachlich gerechtfertigte Bedenken auf den Begriff „Bestimmen" des geltenden Rechts zu verzichten, bestehen wohl nicht. Denn die im „Bestimmen" enthaltene Bewirkung der Entschlußfassung des Angestifteten ist auch möglich, wenn diesem Vorsatz oder Zurechnungsfähigkeit fehlt. Allerdings ist ein Entschluß, ein fahrlässiges oder nur objektiv rechtswidriges Delikt zu begehen, nicht möglich, wohl aber gibt es einen Entschluß zu einem fahrlässigen Verhalten oder zu einem Verhalten, das als objektiv rechtswidrige Deliktsverwirklichung zu qualifizieren ist (vgl. v. Bar, S. 635).

[24]) Vgl. Lobe, JW. 1925, S. 883; Wegner, S. 113, 116 f.; Wach, DJZ. 1925, S. 536.

[25]) Näheres s. unten V, 1.

IV.

1. Unter Beihilfe ist nach § 26 die vorsätzliche Erleichterung der Ausführung einer strafbaren Handlung zu verstehen, die aber bei Übertretungen nicht bestraft wird (vgl. die §§ 345, 348).

2. Der Unterschied von Mittäterschaft und Beihilfe wurde schon hervorgehoben [26]).

3. Charakteristisch an dem Entwurf ist, daß er vom Gehilfen eine Erleichterung der Verbrechensausführung verlangt. Ein Fortschritt gegenüber E. 19 und StGB. ist damit insofern erzielt, als die Begriffsbestimmung des Gehilfen sich nicht einfach rein negativ darauf beschränkt, zu wiederholen, was schon in seinem Namen liegt, sondern sich bemüht, dem Gehilfenbegriff einen positiven Inhalt zu geben. In der Erleichterung ist noch nicht inbegriffen, daß die Gehilfenhandlung für den Erfolg der Tat kausal sein muß [27]). Nur die Ausführung der Tat, d. h. die Begehungshandlung des Haupttäters, nicht der Erfolg braucht gefördert zu sein [28]). Ein seelisches Bestärken wird man ohne Bedenken stets als Erleichterung der Ausführung auffassen können, sie ist darin zu finden, daß beim Täter Hemmnisse psychischer Art zurückgedrängt werden und dadurch die verbrecherische Energie gefördert wird. Daß die Beihilfe eine Verbrechenserleichterung bedeuten muß, ist zu tadeln, da der ungeschickte, die Tat erschwerende Gehilfe nicht die Voraussetzungen des § 26 erfüllt. Der Begriff der Beihilfe als Erleichterung findet daher weithin Ablehnung [29]). Im Sinne des Entwurfs wird man den Begriff des Erleichterns so auslegen dürfen, daß man wenigstens zu einigermaßen praktisch befriedigenden Ergebnissen gelangt. Demnach darf wohl angenommen werden, daß der Tatbestand der Beihilfe erfüllt ist, sobald die Tätigkeit des Gehilfen irgendeinen fördernden Erfolg hatte, mag dieser auch durch Ungeschicklichkeit wieder kompensiert sein. Bedeutet ein und dasselbe Verhalten des Gehilfen einerseits eine die Verbrechensverübung fördernde, andererseits dieselbe benachteiligende Betätigung, so ist

---

[26]) S. oben II.

[27]) A. M. Seidlmayer in Ztschr. f. Rechtspfl. in Bayern, 21. Jg., 1925, S. 222.

[28]) So wird es schon für geltendes Recht verlangt vom LpzK. § 49, Z. 4.

[29]) Schoetensack, GS. 93, S. 111, Anm. 1; Oetker, GS. 94, S. 2; Wach, DJZ 1925, S. 536; Lobe, JW. 1925, S. 883.

schon damit, daß in irgendwelcher Hinsicht eine Verbrechensförderung eintrat, der Tatbestand der Beihilfe gegeben. Beihilfe liegt insbesondere vor, wenn zu irgendeinem Zeitpunkt einmal die Verbrechensförderung vorhanden war. Leicht möglich ist, daß eine für den Täter schlechthin nachteilige physische Beihilfe immerhin doch eine psychische bedeutet hat und damit strafbar wurde.

4. Begrüßenswert ist es, wenn E. 25 die beiden Arten der Beihilfe, die durch Rat und durch Tat nicht mehr erwähnt, da sie ihrem Wortlaut nach ja doch nicht alle Fälle der Beihilfe in sich schließen[30]).

5. Trotz des mißverständlichen § 14 ist Beihilfe durch Unterlassen bei Vorliegen einer Rechtspflicht zum Eingreifen möglich[31]). Sie kann insbesondere im Unterlassen einer Verbrechensanzeige liegen und schließt alsdann den § 184 aus, falls sich die Anzeigepflicht eben nicht lediglich aus § 184 herleitet[32]).

6. Wie bei Anstiftung und der Beihilfe des E. 19 braucht die unterstützte Haupttat nur objektiv rechtswidrig zu sein. Kenntnis des Gehilfen von Schuld des Haupttäters ist rechtlich irrelevant[33]).

7. Wie der Anstifter wird auch der Gehilfe gleich einem Täter bestraft. Anders als in E. 19 und im geltenden Recht kennt E. 25 nur fakultative Strafmilderung. Es ist damit nicht gewürdigt, daß die Gehilfenhandlung hinter der Täterhandlung zurückbleibt und damit der verbrecherische Wille des Gehilfen in der Überzahl der Fälle geringer als beim Täter ist. Der Normalfall der geringeren Strafwürdigkeit des Gehilfen muß in einem Gesetz Ausdruck finden. Durch Erweiterung des richterlichen Ermessens hat E. 25 die Verantwortung, die er bezüglich der Beurteilung der Gehilfenfälle selber nicht zu tragen wagte, auf den Richter abgewälzt. Die nur fakultative Strafmilderung findet denn auch wenig Anhänger[34]). Dagegen spricht sich Gerland[35]) gegen Milderung aus, und zwar

---

[30]) S. oben § 4, Ziff. 2.

[31]) Vgl. hierzu Oetker, GS. 94, S. 16; Kern, GS. 92, S. 156.

[32]) S. die Begründung, S. 94.

[33]) Näheres unten V, 1.

[34]) Siehe Oetker, GS. 94, S. 21; Schoetensack, GS. 91, S. 396, Anm. 1; Wegner, S. 109; Kern, GS. 92, S. 155; v. Hippel, ZStW. Bd. 47, S. 59.

[35]) E. 25, S. 58.

von seinem Standpunkt mit Recht, da er ja annimmt, die Mittäterschaft sei in Beihilfe aufgegangen. Unausgeglichen erscheint der Entwurf, wie übrigens auch das geltende Recht, insofern, als Beihilfe zu Vergehen stets, der Versuch von Vergehen nur in den besonders genannten Fällen strafbar ist[36]).

V.

1. In den §§ 25 und 26 wird die Akzessorietät dadurch anerkannt, daß Teilnahme an einer strafbaren Handlung wie im Strafgesetzbuch verlangt wird. Lockerungen der Akzessorietät ergeben sich indes aus den §§ 27 und 28, wodurch eine ähnliche Gestaltung derselben bewirkt ist, wie in E. 19, jedoch mit noch weitergehender Einschränkung als dort[37]). Nach § 27 ist nämlich die Strafbarkeit von Anstifter und Gehilfen unabhängig von der des Ausführenden. Allerdings ist der Sinn der Vorschrift ihrem Wortlaut nach höchst rätselhaft. Aus ihr ist keineswegs ersichtlich, ob überhaupt gegenüber geltendem Recht eine Änderung getroffen wurde. Die Auslegung, daß in § 27 nur persönliche Strafausschließungsgründe und Umstände, die der Aburteilung des Haupttäters entgegenstehen, gemeint sind, läge sehr nahe. Wie es mit Gründen, die die Rechtswidrigkeit ausschließen, bestellt sein soll, verrät § 27 schlechterdings nicht[38]). Gerade weil § 27 so unklar ist[39]), darf aber der Sinn des § 27 aus den Motiven erschlossen werden. Nach

---

[36]) Vgl. Schoetensack, GS. 91, S. 396.

[37]) Von vollkommener Aufhebung der Akzessorietät zu reden, bietet E. 25 keinen Anlaß, wie es geschieht bei v. Hippel, ZStW. Bd. 47, S. 59; Wach, DJZ. 1925, S. 537; Ebermayer, LZ. f. deutsches Recht, Jahrg. 19, 1925, S. 175.

[38]) Die Begründung (S. 27) geht vom Unterschied zwischen Strafbarkeit der Tat und des Täters aus. § 27 sagt nach ihr nur etwas über Strafbarkeit des Täters, nicht der Tat aus, deshalb sei Rechtswidrigkeit der Haupttat nötig. Es ist aber zu beachten, daß die Aufstellung eines Gegensatzes von Strafbarkeit der Tat und des Täters an sich schon bedenklich erscheint. Denn Tat und Täter stehen sich nicht gegenüber, jede Tat verlangt schon begrifflich einen Täter, beides gehört zusammen. Es erscheint daher mindestens unzweckmäßig, Strafbarkeit der Tat und des Täters sich gegenüberzustellen. Davon abgesehen ist aber darauf hinzuweisen, daß die fehlende Strafbarkeit der Tat auch fehlende Strafbarkeit des Täters bedeutet. In § 27 ist aber mit keinem Wort darauf hingewiesen, daß unter den Fällen fehlender Strafbarkeit des Täters wieder Unterschiede zu machen sind und wie sie zu ziehen sind.

[39]) Anstoß an der Fassung nimmt auch der LpzK. § 48, Ziff. 2, B, c.

ihnen kann aber kein Zweifel darüber bestehen, daß die Akzessorietät in der Weise beschränkt werden soll, daß Begehung einer nur objektiv rechtswidrigen Haupttat erforderlich und genügend ist. Da der auf seiten des Haupttäters vorhandene subjektive Tatbestand, soweit er die Schuld betrifft, vom Entwurf gar nicht berücksichtigt wird, so ist es ganz gleichgültig, welche Vorstellungen der Teilnehmer sich über diesen machte, ein Irrtum darüber ist also rechtlich ohne Belang. Daß E. 25 in dieser Beziehung bei der Anstiftung weitergeht als E. 19 wurde schon ausgeführt[40]). Damit wurden noch weitere Fälle mittelbarer Täterschaft als Teilnahme behandelt.

2. Soweit bisherige mittelbare Täterschaft zur Teilnahme wurde, bedeutet das praktisch, daß ein mittelbarer Täter, der schon seine Einwirkung auf das Werkzeug vorgenommen hat, ohne daß dieses mit der Ausführung begann, nach E. 25 keinesfalls mehr strafbar ist, weil nur versuchte Teilnahme vorliegt, während nach StGB. bereits strafbarer Versuch der Haupttat in Betracht kommen kann. Sofern mittelbare Täterschaft zu Beihilfe geworden ist, ist sie überhaupt nicht mehr strafbar, wenn die Haupttat eine Übertretung ist; befriedigend ist das wohl schwerlich.

3. Trotz des § 27 ging mittelbare Täterschaft nicht ganz in Teilnahme auf[41]). Fehlt es bei dem Ausführenden an der Rechtswidrigkeit, richtet sich insbesondere die Tat des schuldunfähigen Bestimmten gegen ihn selber, so liegt nach StGB. mittelbare Täterschaft vor. Diese Fälle in E. 25 straflos zu lassen, ist eine grundlose Annahme, bei mittelbarer Täterschaft liegt ja echte Täterschaft vor, deren Strafbarkeit nicht, wie ungeschickterweise in E. 19 durch zu enge Definition teilweise unmöglich gemacht wurde. Die §§ 25 und 26, aus denen herzuleiten ist, daß Täter der eine strafbare Handlung Ausführende ist, stehen dem so wenig entgegen wie im geltenden Recht § 48 StGB., der vom Täter das Begehen einer strafbaren Handlung verlangt. Nur das eine ist aus E. 25 ersichtlich, daß keine Strafbarkeit als Teilnahme Platz greifen kann. Daß das Gebiet der mittelbaren Täterschaft wesentlich eingeschränkt wurde,

---

[40]) S. oben III. 5.

[41]) So auch Kern, GS. 92, S. 146; vgl. aber andererseits die Begründung, S. 25 und 27; Beling, GS. 91, S. 371; Gerland, E. 25, S. 53.

bedeutet noch nicht, daß sie auch aufgehoben wurde. Der Entwurf hat nirgends den Willen kundgegeben, die hierher zu rechnenden, oft besonders strafwürdigen Verbrechenstaten ungeahndet zu lassen. Die Anstiftung des Geisteskranken zum Selbstmord wird daher nicht der milden Beurteilung des § 224 unterliegen[42]).

4. Die Fälle der mittelbaren Täterschaft, in denen dem die Tat Ausführenden die besondere Absicht fehlte, sind durch Erweiterung des subjektiven Tatbestandes erledigt[43]).

5. Hinsichtlich der Wirkung besonderer Eigenschaften oder Verhältnisse, also insbesondere in Behandlung des Sonderdelikts, leistete E. 25 dem E. 19 weitgehendst Folge. Wie bisher ist Teilnahme des Extranen am Sonderdelikt möglich, gleichgültig ist es nunmehr, ob der Intrane vorsätzlich handelte oder nicht[44]) und ob der Teilnehmer davon wußte.

6. Bezüglich strafschärfender, -mildernder oder -ausschließender Umstände stimmt E. 25 annähernd wörtlich und vollkommen sachlich mit E. 19 und StGB. überein.

7. Eine höchst bedenkliche Neuerung enthält der Entwurf insofern, als Anstifter und Gehilfen als solche strafbar sind, wenn die die Strafbarkeit der Tat begründenden Sonderumstände bei ihnen allein vorliegen[45]). Diese Fälle sind nach StGB. zumeist mittelbare Täterschaft des Intranen und Teilnahme des Extranen hieran. In E. 19 fand sich dafür keine Norm, daher war Straflosigkeit am Platze. Obwohl der ausführende Extrane wegen Fehlens der Sondereigenschaft nicht einmal den objektiven Tatbestand[46]) eines Verbrechens realisiert, wird der veranlassende Intrane von E. 25 als Anstifter bestraft. Damit ist eine außerordentlich starke Durchbrechung der Akzessorietät bewirkt. Der Extrane, der nach StGB. als Teilnehmer an der Täterhandlung des Intranen strafbar ist, ist nach E. 25 nicht zur Rechenschaft zu ziehen. Er kann ins-

---

[42]) A. M. Oetker, GS. 94, S. 4; Rixius, S. 77; s. auch Finger, GS. 95, S. 129, hinsichtlich des diesbezüglich gleichgelagerten E. 27.

[43]) Solche Absichtstatbestände sind z. B. enthalten in den §§ 119, 133 Abs. 3, 296, 300, 301, 305, 306, 310, 316 Abs. 2.

[44]) Vgl. hierzu Gerland, E. 25, S. 58.

[45]) Über die Unmöglichkeit dieser Bestimmung vgl. Oetker, GS. 94, S. 23 f.

[46]) Siehe Wegner, S. 115, der mit Recht die Sinnwidrigkeit solcher Konstruktion tadelt.

besondere nicht als Teilnehmer bei der vom Intranen verübten Anstiftung angesehen werden; bei Beihilfe ist es nicht anders. Denn wenn der Entwurf, der zwar in § 28, Abs. 1 an diese Fälle des Zusammenwirkens von Intranem und Extranem gedacht hat, den Extranen dadurch auszeichnet, daß er seiner im Gegensatz zum Intranen nicht erwähnt, so muß daraus durch argumentum a contrario geschlossen werden, daß der Außenstehende straflos auszugehen hat. Die Frage, ob es strafbare Teilnahme nur an der Teilnahmehandlung ohne Haupttat gibt, gewinnt daher keine praktische Bedeutung, ganz davon abgesehen, daß die Ausführungstätigkeit des Extranen mindestens sehr oft nicht als Mitwirkung an der Teilnahmehandlung des Intranen aufgefaßt werden könnte. Als Täter kann der Extrane keinesfalls verantwortlich gemacht werden. § 28 Abs. 1 sieht nur vor, daß Teilnehmern die besonderen Eigenschaften des Täters zugerechnet werden, aber nicht umgekehrt [47]).

Zutreffend führt die Begründung [48]) an, daß trotz § 28 Abs. 1 bei nur eigenhändig begehbaren Delikten Anstifter und Gehilfen nicht strafbar sind, wenn nur sie die Sonderumstände aufweisen. Eine besondere gesetzliche Vorschrift, die das zum Ausdruck brächte, erübrigt sich, da es sich hier um Fragen der Auslegung der Tatbestände des besonderen Teiles handelt. Wie in E. 19 wird für den extranen Anstifter fakultative Strafmilderung vorgesehen; da er aber in Wahrheit nur Gehilfe ist, ist obligatorische Milderung zu verlangen [49]).

VI.

1. Versuchte Teilnahme ist im E. 25 nur als delictum sui generis [50]) strafbar, da vom Erfordernis einer mindestens objektiv strafbaren Haupttat nicht Abstand genommen wird.

2. Teilnahme am strafbaren Versuch ist schlechthin strafbar. Obwohl in §§ 23 Abs. 2, 26 und 28 Milderungsmöglichkeit vorgesehen ist, kann wegen § 74 nur einmalige Milderung zum Zuge kommen. Da in E. 25 die Akzessorietät eingeschränkt ist und die

---

[47]) Vgl. aber Kern, GS. 92, S. 162.

[48]) S. 28.

[49]) Kern, GS. 92, S. 160.

[50]) S. z. B. §§ 116, 117, 124 Abs. 2, 136, 173, 182, 190 Abs. 2, 191, 199, 228, 248.

subjektive Versuchstheorie (vgl. § 23) zu Recht besteht, genügen für strafbare Teilnahme auf seiten des Ausführenden dieselben Erfordernisse wie in E. 19[51]).

VII.

Der Irrtum des Teilnehmers über beim Täter vorliegende Umstände ist wie nach StGB. zu behandeln. Eine Änderung ergibt sich indes aus § 27[52]). Im Falle des Täterexzesses bei qualifizierten Erfolgsdelikten gilt nach § 15 eine ähnliche Bestimmung wie in E. 19[53]). Der Täter haftet, wie richtigerweise schon nach geltendem Recht[54]) nur, wenn ihm die schwerere Folge wenigstens zur Fahrlässigkeit zuzurechnen ist, für Anstifter und Gehilfen muß ebenfalls Fahrlässigkeit vorliegen, denn die Zufallshaftung, die sie sonst träfe, will der Entwurf schlechterdings beseitigen. Erhöhte Teilnehmerhaftung gilt auch, wenn nicht beim Täter, sondern nur beim Teilnehmer die Fahrlässigkeit vorliegt[55]). Handeln dagegen die Teilnehmer auch mit Bezug auf den schweren Erfolg vorsätzlich, so werden sie wegen § 27 behandelt, als ob auch der Täter vorsätzlich gehandelt hätte. Besteht der Erfolg etwa in einer Tötung, so sind sie der Teilnahme am vorsätzlichen Tötungsdelikt schuldig, während der Täter unter Umständen nur wegen schwerer Körperverletzung zu haften braucht.

VIII.

Beim Rücktritt vom Versuch bringt E. 25 gegenüber E. 19 nicht viel Neues. Wie dort steht jedem Beteiligten die Vergünstigung des Rücktritts zu.

1. Mittäter und Anstifter können im gleichen Umfang wie bisher durch bloße Erklärung gegenüber dem Täter zurücktreten. Im Fall der Anstiftung besteht aber die Möglichkeit, daß der ohne Vorsatz oder Zurechnungsfähigkeit handelnde Angestiftete über die

---

[51]) S. oben § 10, VI, 2.

[52]) S. hierüber oben V.

[53]) Fälle der Erfolgshaftung s. in der Begründung, S. 17.

[54]) Binding, Grundriß, S. 126.

[55]) A. M. Buff, S. 54: Der Gehilfe müsse den schweren Erfolg vorhergesehen haben und damit einverstanden gewesen sein; Möglichkeit der Voraussicht genüge nicht. Daß dieses Ergebnis widersinnig ist, bemerkt Buff selber, ohne sich indes dadurch zur Berichtigung seiner Ansicht veranlaßt zu sehen.

Strafbarkeit der von ihm geplanten Tat nicht im klaren ist. Unter diesen Umständen kam ein wirksamer Rücktritt nicht zuwege. Soll nämlich die Haupttat sich als Realisierung lediglich des Täterwillens darstellen, so ist nötig, daß sie sich als Folge eines freien, irrtumslosen Entschlusses des Täters darstellt. Sonst handelt der Ausführende immer noch auf Grund des psychischen Einflusses des Täters. Wenn eine Rücktrittserklärung trotz Kenntnis vom fehlenden Dolus des Ausführenden erfolgt, so möchte man meinen, sie sei schon deswegen unbeachtlich, weil sie notwendig eine protestatio facti contraria enthält. Erfolgreich kann hier der Rücktritt nur sein, wenn er mit Aufklärung des Täters über seinen Irrtum verbunden ist.

2. Das in § 24 Abs. 1 genannte Aufgeben der Ausführung kommt nur für einen Täter in Betracht. Beim Mittäter erwähnt aber die Begründung[56]) ausdrücklich, daß für ihn das Aufgeben der begonnenen Ausführung nicht genüge. Diese Ansicht ist indes nicht zutreffend, wie Allfeld[57]) bemerkt, wenn das Aufgeben des Mittäters seinen Genossen die weitere Ausführung unmöglich macht. Außerdem gehört der weitere Fall hierher, daß der vom Mittäter bis zu seinem Rücktritt geleistete Tatbeitrag für die von den Genossen fortgesetzte Tat keine Förderung bedeutet. Einen weiteren Irrtum, auf den Schoetensack[58]) aufmerksam gemacht hat, enthält die Begründung, wenn sie den Rücktritt als persönlichen Strafaufhebungsgrund ansieht, in Wahrheit liegt ein persönlicher Schuldaufhebungsgrund vor[59]).

3. Daß durch Ausführungsverhinderung – die Bestimmung soll speziell Teilnehmern zugute kommen, solange der Täter seinen Versuch nicht beendet hat – zurückgetreten werden kann, ist im Gegensatz zu E. 19 ausdrücklich hervorgehoben. Wie seither genügt es auch, wenn ein Teilnehmer die von ihm gesetzten Bedingungen vernichtet, selbst wenn trotzdem die Tat vollendet werden sollte.

4. Den Rücktritt durch Erfolgsabwendung, ebenso den Rücktritt beim Putativdelikt führt E. 25 wie sein Vorgänger ausdrück-

---

[56]) Begründung, S. 24.

[57]) Rücktritt vom Versuch, in Frank-Festg. II, S. 97. Allfelds sich auf E. 27 beziehende Ausführungen gelten auch für E. 25.

[58]) GS. 91, S. 398.

[59]) Schoetensack, Verbrechensversuch, in Frank-Festg. II, S. 67.

lich an. Neu ist, daß Täter wie Teilnehmer bei fehlgeschlagenem Verbrechen sich durch ernstliches Bemühen um Erfolgsabwendung Straffreiheit erwerben können. Allerdings spricht § 24 Abs. 2, Satz 2 nur vom Täter, indem er es gerade auf dessen Wissen ankommen läßt. Doch darf dem Sinn der Einrichtung entsprechend geschlossen werden, daß die Bezeichnung Täter an dieser Stelle nicht in technischem Sinne zu verstehen ist.

IX.

1. Bei Teilnahmekonkurrenz kann wie bisher Realkonkurrenz verschiedener Delikte angenommen werden; obwohl die Einschränkung der Akzessorietät gegenüber E. 19 weitere Fortschritte machte, so sind sie doch nicht so weitgehend, als daß sie eine grundsätzliche Änderung des Verhältnisses von Haupttat und Teilnahme bedeuten würden.

2. Ebenso ist Ort und Zeit[60]) der Teilnahme wie bisher zu behandeln[61]).

§ 12. Der Entwurf von 1927.

I.

Der Entwurf 1927 ist in der Regelung der Teilnahme eklektisch verfahren, er enthält nämlich in seinen Bestimmungen keine neuen Gedanken mehr, selbst in seinen Formulierungen schließt er sich aufs engste an seine Vorgänger an, er beschränkt sich ganz darauf zu verwerten, was ihm aus den bisherigen Entwürfen und dem geltenden Recht brauchbar erscheint, neu ist lediglich die Kombination der verschiedenen Normen. Vor allem mit E. 25 besteht ein sehr naher Zusammenhang, wie schon ein Blick in die Begründung zeigt, die sich zumeist mit wörtlicher Wiederholung des in der Begründung zu E. 25 Gesagten genügen läßt.

II.

1. Das Beispiel des E. 25 wurde insofern nicht nachgeahmt, als E. 27 eine ausdrückliche Bestimmung über die Mittäterschaft ent-

---

[60]) Über Ort und Zeit der Täterhandlung s. § 9 E. 25.

[61]) Die Begründung, S. 26, führt aus, daß die Teilnahmehandlung hinsichtlich Ort und Zeit der Begehung und Verjährung unabhängig von der Haupttat sei. Aus der ja nur bezüglich der Schuldhaftigkeit der Haupttat eingeschränkten Akzessorietät diesen Schluß zu ziehen, geht jedenfalls nicht an.

hält, da man es für gut hielt, sie zwecks Behebung von Zweifeln besonders zu erwähnen[1]).

2. Durch Einreihung der Mittäterschaft in den Abschnitt „Teilnahme" ist wiederum die Gefahr von nutzlosen Erörterungen darüber, ob Mittäterschaft Teilnahme oder Täterschaft sei, heraufbeschworen[2]).

3. Mittäterschaft besteht nach § 28 darin, daß „mehrere eine Tat gemeinschaftlich ausführen". Damit ist annähernd wörtlich § 47 StGB. übernommen. Wenn nunmehr die gemeinschaftliche Ausführung einer „Tat" statt einer „strafbaren Handlung" gefordert ist, so liegt darin kein sachlicher Unterschied. Auch nach E. 27 ist nötig, daß die Handlung jedes Mittäters Verbrechenscharakter an sich trägt. Allerdings braucht der Ausdruck „Tat" nicht notwendig eine subjektiv strafbare Handlung zu bezeichnen, wie etwa aus § 12 hervorgeht; in § 23 ist sogar die „Tat" in gewissem Gegensatz zur „strafbaren Handlung" gestellt. Wenn indes die Rechtsfolge der Mittäterschaft darin besteht, daß jeder Genosse als Täter bestraft wird, so muß jeder wie im geltenden Recht auch eine strafbare Handlung verübt haben. Durch § 31 wird diese Ansicht noch unterstützt. Danach ist die Strafbarkeit des Anstifters und Gehilfen unabhängig von der Strafbarkeit des die Tat Ausführenden. Von allem andern abgesehen ergäbe sich danach schon durch argumentum a contrario, daß der Entwurf sich bezüglich des Mittäters auf einen andern Standpunkt stellt und demgemäß von der Strafbarkeit der Tat des Genossen nicht absieht. Handelt also ein Beteiligter schuldhaft, der andere schuldlos, so kommt Mittäterschaft nie in Frage, wohl aber kann fahrlässiges Zusammenwirken aller Beteiligten oder teils vorsätzliches, teils fahrlässiges Zusammenwirken wie nach StGB. Mittäterschaft begründen[3]).

4. Da unter Beihilfe das vorsätzliche Hilfeleisten zu verstehen ist, möchte es scheinen, als wäre der Begriff der Mittäterschaft der nämliche wie im geltenden Recht und, weil wie dort keine Abgren-

---

[1]) S. die Begründung, S. 27.

[2]) S. hierüber oben § 1, Ziff. 3. Die Begründung spricht sich für Täterschaft aus.

[3]) S. oben § 2, Ziff. 9.

zung, sondern nur eine Aufzählung der Begriffe gegeben wird, ebenso streitig[4]).

5. Anzunehmen ist, daß die Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe aus denselben Gründen wie in E. 25 nicht lediglich in der Willensrichtung des Täters gefunden werden kann[5]). Es geht nämlich aus den §§ 31 und 32 hervor, daß es viele Fälle der Beihilfe, in denen der Gehilfe Täterwillen hat, gibt. Daraus ist zu schließen, daß E. 27 den Willen nicht zum unterscheidenden Merkmal zwischen Beihilfe und Täterschaft ganz allgemein machen will. Im Verhältnis von Beihilfe speziell zur Mittäterschaft gilt dasselbe, die ausdrückliche Aufführung der Mittäterschaft in E. 27 spricht nicht dagegen. Denn wenn der Täterwille des Gehilfen bei der Entscheidung der Frage ignoriert wird, ob überhaupt eine Art der Täterschaft — zumeist wäre es mittelbare Täterschaft — vorliegen soll, so ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen ausgerechnet bei der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe der Täter- oder Gehilfenwille, dessen Wertung anderweitig vernachlässigt ist, das Ausschlaggebende sein soll. Eine deutliche Vorschrift, die zu anderem Ergebnis nötigte, enthält E. 27 ja nicht. Für die Unterscheidung müssen daher objektive Merkmale maßgebend sein, dieselben Gründe wie in E. 25 sprechen für die formal objektive Theorie, die vom Mittäter die Vornahme einer Tatbestandshandlung verlangt[6]). Daß die Vornahme einer Tatbestandshandlung allein schon genügen soll, das Bestehen einer Mittäterschaft zu rechtfertigen, kann nicht angenommen werden. Aus § 28 ist es nicht zu schließen,

[4]) Nach der Begründung, S. 29, sind weder allein subjektive noch objektive Merkmale für die Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe maßgebend. Das ist richtig. Jeweils die verschiedensten Umstände dürfen berücksichtigt werden zwecks Feststellung, ob ein Täter einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand realisiert hat. Aber damit, daß jedenfalls objektive und subjektive Elemente im konkreten Fall zu beobachten sind, ist doch der Gesetzgeber noch lange nicht der Aufgabe überhoben, einen bestimmten unzweideutigen Tatbestand aufzustellen. Es kann nicht in der Schwebe gelassen werden, wie die Begründung meint, ob objektive oder subjektive Theorie gilt. Schwierigkeiten im Einzelfall wären nur dann vermieden, wenn die zur Aburteilung stehende Tat sowohl nach objektiver wie nach subjektiver Theorie sich als Mittäterschaft darstellen würde.

[5]) S. oben § 11, II, 2.

[6]) Daß kausale Momente gegenüber formal objektiven und damit materiell objektive gegenüber formal objektiver Theorie zurücktreten sollen, dürfte auch die Begründung des E. 27 ergeben, wenn sie in ähnlicher Weise wie Beling (s. z. B.

der eine ebenso inhaltlose Begriffsbestimmung von Mittäterschaft wie das geltende Recht gibt. Der nur einen Teil des gesetzlichen Tatbestands verwirklichende Beteiligte ist wie in E. 25 [7]) nur dann für das ganze Geschehen verantwortlich, wenn er den Willen hatte, das eigene Tun durch das der anderen Mitwirkenden zu ergänzen. Erforderlich ist somit animus auctoris. Neben objektiven haben daher auch subjektive Elemente unmittelbare Bedeutung. Damit ist wohl auch am ehesten dem Standpunkt der Begründung Rechnung getragen, die sich weder für die subjektive noch objektive Theorie einsetzt.

In allen andern Beziehungen dürfte der Mittäter des Entwurfs dem des geltenden Rechts gleichen.

III.

Bei der Anstiftung bringt E. 27 gegenüber E. 25 sachlich keine Änderung. Auch in der Ausdrucksweise findet sich nur die eine Abweichung, daß an die Stelle des Begriffes „strafbare Handlung" der weitergehendere Begriff „Tat" getreten ist. Die Neuerung mag deswegen als zweckmäßig erscheinen, weil dadurch bereits auf die dem geltenden Recht gegenüber eingeschränkte Akzessorietät der Teilnahme Rücksicht genommen ist [8]).

IV.

1. Mit der Begriffsbestimmung der Beihilfe ist man zum Reichsstrafrecht zurückgekehrt. Das Wesen der Beihilfe wird nicht mehr im Erleichtern, sondern im Hilfeleisten zu einer Tat gefunden, auf die Wirkung der Beihilfe kommt es nicht mehr an. Für den von E. 27 im Unterschied zu den früheren Entwürfen und zum geltenden Recht gebrauchten Ausdruck „Tat" gilt dasselbe wie im entsprechenden Fall bei der Anstiftung. Ist eine Tat aber nur eine Übertretung, so bleibt Beihilfe hieran nach § 379 straflos. In der Nichterwähnung von physischer und psychischer Beihilfe wird das Beispiel des E. 25 befolgt.

Methodik, S. 105 ff.) das Wesen der Täterschaft darin findet, daß jemand in solcher Weise für den Erfolg tätig wird, daß man seine Handlung mit dem im Tatbestand gebrauchten Ausdruck bezeichnen kann.

[7]) S. oben § 11, II, 2 e.

[8]) Über den Fehler, der darin besteht, daß mittelbare Täterschaft des geltenden Rechts der Anstiftung einverleibt wurde, vgl. Finger, GS. 95, S. 129.

2. Änderungen des Umfangs der Beihilfe bestehen in bedeutendem Maße. Sie erklären sich dadurch, daß eben im Entwurf die Beihilfe doch in wesentlich anderen Zusammenhang als im geltenden Recht hineingestellt ist. In erster Linie ist wie in E. 25 wegen Lockerung der Akzessorietät Beihilfe an nur objektiv rechtswidriger Tat möglich. Im Gegensatz zu geltendem Recht sind Beihilfe ferner sämtliche Fälle, in denen der Gehilfe mit animus auctoris ohne Vornahme einer Tatbestandshandlung sich betätigt. Trotz Vornahme einer eben noch nicht den ganzen gesetzlichen Tatbestand verwirklichenden Tatbestandshandlung bleibt der Beteiligte wie im StGB. Gehilfe, wenn er nur den animus socii hat. Dem E. 25 gegenüber ist das Gebiet der Beihilfe um die Fälle ausgedehnt, in denen eine Mitwirkung an der Tat keine erleichternde Wirkung zeitigt. Da das vorsätzliche Bestimmen des § 48 StGB. enger ist als das Veranlassen in § 29 E. 27, so sind immerhin einige Fälle früherer psychischer Beihilfe jetzt zur Anstiftung zu zählen.

3. Im Unterschied von E. 25 hat entsprechend dem geltenden Recht beim Gehilfen obligatorisch Strafmilderung einzutreten. Die Einsicht hat damit gesiegt, daß der in aller Regel vorhandenen geringeren Strafwürdigkeit des Gehilfen gesetzliche Anerkennung zu verleihen ist[9]). Mit Rücksicht darauf, daß die Beihilfe in E. 27 sich zu einem guten Teil aus mittelbarer Täterschaft zusammensetzt und sich damit die Fälle mehren werden, in denen der Gehilfe die gleiche Strafe wie ein Täter verdient, wäre immerhin eine Bestimmung wünschenswert, die ausnahmsweise die Bestrafung gleich einem Täter ermöglichte.

V.

Die Einschränkung der Akzessorietät der Teilnahme ist in den §§ 31 und 32 genau wie in den entsprechenden §§ 27 und 28 des E. 25 erfolgt. Das Sonderdelikt, der Irrtum über die Täterschuld, Täterexzeß[10]), versuchte Teilnahme[11]), Teilnahme am Versuch sind daher wie in E. 25 zu behandeln. Ebenfalls nichts Neues bringt der

---

[9]) S. die Begründung, S. 29.

[10]) Da auch § 21, E. 27 ganz dem § 15 E. 25 entspricht, so blieb auch die Erfolgshaftung des Teilnehmers unverändert.

[11]) Versuchte Teilnahme als delictum sui generis s. z. B. in §§ 118, 119, 126 Abs. 2, 144, 188, 196, 274.

Entwurf in den Fragen der Teilnahme an der Teilnahme, der Teilnahmekonkurrenz und des Orts und der Zeit der Teilnahmehandlung, da § 8 E. 27 dasselbe wie § 9 E. 25 besagt.

VI.

Beim Rücktritt vom Versuch[12]) setzt E. 27 die Linie der Entwicklung durch noch weitere Ausdehnung der Rücktrittsmöglichkeiten fort. Wenn nämlich, aus welchem Grunde auch immer, Ausführung oder Erfolgseintritt des Delikts unterbleiben, so ist trotzdem die Rücktrittsmöglichkeit für den Teilnehmer gegeben, solange er von dieser Sachlage nichts weiß. Dieser Rücktritt wird wie in E. 25 durch das ernstliche Bemühen den Erfolg abzuwenden ausgeübt; daneben ist noch das bloße Bemühen um Ausführungsverhinderung ausdrücklich genannt. Möglich ist demnach, daß der Teilnehmer noch zurücktritt, wenn der Täter oder andere Beteiligte bereits in rechtswirksamer Weise die Tat aufgegeben haben.

---

[12]) Vgl. hierzu Allfeld, Rücktritt vom Versuch, in Frank-Festg. II.

Schlußwort.

Der jetzige Stand der Strafrechtsreform läßt es in den Bestimmungen über die Teilnahme gegenüber dem E. 27 ganz beim alten. Nach den Beschlüssen der ersten Lesung des Deutschen Reichstagsausschusses und den Deutschen und Österreichischen Strafrechtskonferenzen stimmen die sämtlichen Vorschriften über Teilnahme wörtlich mit E. 27 überein.

Was auf dem Gebiet der Teilnahme bisher geleistet wurde, kann keine uneingeschränkte Billigung finden. Anzuerkennen ist, daß die Entwürfe sich entgegen den radikalen auf Beseitigung der Teilnahme gerichteten Bestrebungen nicht dazu verleiten ließen, den dem täglichen Leben angehörigen, tief im Volksbewußtsein verankerten Begriff der Teilnahme abzuschaffen, um ihn mit dem des Täters zu vereinigen. Die Schwierigkeit, richtige Grenzlinien unter den verschiedenen an einem Verbrechen beteiligten Personen zu finden, darf nicht dazu führen, überhaupt auf alle Abgrenzungen zu verzichten.

Weiterhin ist nicht zu verkennen, daß manche strafwürdigen Fälle, deren Strafbarkeit entgegen dem Postulat der Gerechtigkeit bisher unmöglich oder doch höchst zweifelhaft war, eine wenn auch nicht immer vollständig befriedigende Normierung gefunden haben[1]). Die Entwürfe, die im allgemeinen die Tendenz aufweisen, den Bereich der Teilnahme auszudehnen, beeinträchtigen indes dieses Verdienst wesentlich dadurch, daß anstelle der von ihnen ergänzten Lücken des geltenden Rechts alsbald neue geschaffen werden[2]).

Was aber alles von den Entwürfen zur Teilnahme gerechnet wird und wie sie die einzelnen Teilnahmeformen gegenseitig abgrenzen, darin wurde mancher Fehlgriff gemacht. Schwere Verstöße liegen insbesondere darin, daß ganz heterogene Elemente in einem Begriff zusammengefaßt werden. Bei der Anstiftung ist dieses

---

[1]) Erinnert sei an die Fälle des Irrtums über die Täterschuld und über die Sondereigenschaft beim Ausführenden.

[2]) Man denke nur an die Konsequenzen der akzessorischen Natur der mittelbaren Täterschaft in E. 19, ferner an die Teilnahme des Extranen an der als Teilnahme qualifizierten mittelbaren Täterschaft des Intranen.

Übel schon alt. Sie hat sich von jeher aus nichts anderem als psychischer Beihilfe und Täterschaft zusammengesetzt, weshalb sie überflüssig ist. Nicht einer der Entwürfe hat das richtig erfaßt und daraus die Konsequenz durch Abschaffung der Anstiftung gezogen. Im Gegenteil, sie haben sich darin überboten, den alten Fehler zu vergrößern, indem sie das Gebiet der Anstiftung um weitere Fälle von Beihilfe und Täterschaft bereicherten. Kein Wunder, daß schließlich sogar diejenigen, die nicht von Anfang an dem Begriff der Anstiftung ablehnend gegenüberstanden, den Mischmasch anstößig fanden, der in den Entwürfen als Anstiftung bezeichnet wird[3]).

Mit dem Mischprodukt der Anstiftung ließ man es indes nicht genügen. Die Beihilfe, die im geltenden Recht im allgemeinen eine durchaus befriedigende, logisch einwandfreie Regelung erfahren hatte, enthält durch die Umgestaltung der Entwürfe Fälle echter Beihilfe sowie psychischer Täterschaft. Schließlich ist noch die Grenzziehung zwischen Beihilfe und Mittäterschaft[4]) derart erfolgt, daß der Beihilfe Fälle zugewiesen wurden, die richtigerweise der Mittäterschaft zuzuteilen gewesen wären. Aus dem bisher Ausgeführten ergibt sich schon, daß der Begriff des Alleintäters in den Entwürfen ebenfalls nicht gebilligt werden kann, denn eine erkleckliche Anzahl von Fällen echter Täterschaft sind ja nunmehr zur Teilnahme geworden. Das einheitliche Gebiet der Täterschaft ist demnach zerspalten, Stücke davon finden sich bei Beihilfe und Anstiftung. Von den verschiedenen Formen des verbrecherischen Subjekts hat somit eine wie die andere eine unrichtige, unlogische und unzweckmäßige Behandlung erfahren. Statt in dieser Hinsicht das geltende Recht zu verbessern, vermochten die Entwürfe nur Verschlimmerungen zu erzielen. Mit dem „Durcheinander der Begriffe", das Beling bei dem E. 19 rügt[5]), ist auch späterhin nirgends aufgeräumt worden. Es ist nur zu hoffen, daß ein solcher Wirrwarr nicht eines Tages durch das Gesetz sanktioniert wird, sondern daß die Teilnahmebestimmungen noch eine gründliche Umgestaltung erfahren.

---

[3]) S. z. B. Beling, Methodik, S. 99 ff.; bezüglich des E. 27 Finger, GS. 95. S. 129.

[4]) Vgl. E. 25 und E. 27.

[5]) Methodik, S. 163.

Lebenslauf.

Am 8. November 1900 wurde ich, Ernst Reichle, als Sohn des späteren Oberpostmeisters a. D. Ernst Reichle und seiner Ehefrau Anna geb. Roller zu Balingen geboren. Ich besuchte in Balingen und Isny die Volksschule und daran anschließend die Realschule. Meine weitere Ausbildung erhielt ich im Karls-Gymnasium Stuttgart und dem niederen Ev.-Theol. Seminar Maulbronn und Blaubeuren, das ich im Jahre 1919 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Das Studium der Rechtswissenschaft mußte ich bald nach Beginn unterbrechen, um bis 1925 im Bankwesen und Handel tätig zu sein. Nach neun Semestern rechtswissenschaftlichen Studiums, wovon ich sieben an der Universität Tübingen, zwei an der Universität Berlin verbrachte, legte ich im Herbst 1929 die erste höhere Justizdienstprüfung in Tübingen ab. Seitdem bin ich als Referendar am Amtsgericht Stuttgart beschäftigt.